



Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito

**A SUPRESSÃO DOS INSTITUTOS “CONDIÇÕES DA AÇÃO” E
“CARÊNCIA DE AÇÃO” NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL: uma nova abordagem referente ao instituto da ação**

VÍCTOR SIBONEY CORDEIRO SILVA

BRASÍLIA

2015

VÍCTOR SIBONEY CORDEIRO SILVA

**SUPRESSÃO DOS INSTITUTOS “CONDIÇÕES DA AÇÃO” E
“CARÊNCIA DE AÇÃO” NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL: a nova abordagem referente ao instituto da ação na sentença
com e sem resolução de mérito**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito parcial à obtenção do título de
bacharel em Direito pela Universidade de
Brasília – UnB.

Orientador: Prof. Dr. Vallisney de Souza
Oliveira

**BRASÍLIA
2015**

TERMO DE APROVAÇÃO

SUPRESSÃO DOS INSTITUTOS “CONDIÇÕES DA AÇÃO” E “CARÊNCIA DE AÇÃO” NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: a nova abordagem referente ao instituto da ação na sentença com e sem resolução de mérito

Trabalho de conclusão de curso aprovado como requisito parcial para a obtenção do
título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília –
UnB, pela banca examinadora composta por:

Vallisney de Souza Oliveira
Professor Doutor e Orientador

Argemiro Cardoso Moreira Martins
Professor Doutor e Examinador

Pedro Júlio Sales D’Araújo
Professor mestre e Examinador

Brasília, 01 de dezembro de 2015.

AGRADECIMENTOS

“Medindo de perto os grandes e os fortes, achei-os menores e mais fracos do que a
justiça e o direito”
Rui Barbosa

Agradeço a todos meus familiares, amigos e pessoas que direta e indiretamente me tornam alguém melhor.

Agradeço aos meus pais Almira Mary Cordeiro de Araújo e Robert Dagon da Silva, pela minha vida e, mais que isso, pela responsabilidade inerente quanto a todos os meus acertos, quanto aos meus erros eu os contabilizo na minha própria impropriedade e lapso em não seguimento dos passos e advertências ao qual sempre me fizeram.

Agradeço a minha irmã Paula Raquel Cordeiro Silva e ao meu sobrinho Ícaro Cordeiro dos Anjos, pelos satélites que são em minha vida e pelo amor que criam incessantemente em meu coração.

Agradeço aos meus sogros Rosana e Ronaldo Magalhães pela incomensurável contribuição que diariamente exercem na vida daqueles que são meus satélites, contribuição esta que eu jamais poderei retribuir, restando a mim apenas tentar incessantemente ser digno deles.

Agradeço a mulher que jamais pensei ser possível encontrar, minha companheira Iasmim Pacheco Magalhães, pela incólume persecução em me tornar um homem melhor e por efetivamente o fazê-lo.

Agradeço ao meu filho, Rodrigo Siboney Magalhães Cordeiro por todo amor incondicional que jamais poderia expressar em palavras.

Agradeço ao meu orientador Vallisney de Souza Oliveira, pela atenção, apoio, seriedade e paciência com que conduziu a orientação deste trabalho.

Agradeço aos colegas de trabalho Tiago Alves Almeida, Andrea Keitomi Kabu, André Reniz Abreu Azevedo, Antonio José Viana Filho, César de Carvalho Filho, Felipe Sampaio de Oliveira, Flavio Rodrigues Motta, Isabel Cristina Rodrigues, Márcio Alves da Silva, Müller Eduardo Dantas de Medeiros, Roger Valério de Vargas Rex, e Victor Mackay Dubugras por toda assistência e ensinamentos que me proporcionaram nesses dois anos que estivemos juntos, fica essa singela homenagem como tentativa de demonstrar todo meu afeto por vocês.

RESUMO

O fenômeno da ação se subdivide em três grandes temas, denominado como segunda grande entrada no estudo do processo civil destrincha-se em elementos da ação, classificação da ação, elementos da ação e condições da ação.

Ocorre que, diante da ausência dos termos “condições da ação” e “carência de ação”, depara-se com uma nova abordagem proposta pelo Novo Código de Processo Civil porvir, corroborando as críticas já consubstanciadas na doutrina e jurisprudência para a até então adotada doutrina eclética de Liebman pelo Código de Processo Civil de 1973.

As condições da ação se dividiam em possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para agir e interesse processual, restando no Novo Código de Processo Civil a citação dos institutos da legitimidade para agir e interesse processual, sendo excluído, portanto, a possibilidade jurídica do pedido, tendo em vista o que há muito preconizava a doutrina, ou seja, que destoava este componente como adentrando o mérito da demanda.

Ao dar tratamento individualizado para os institutos que outrora se constituíam a extinta condição da ação e excluindo o termo da carência de ação, o legislador suprime acertadamente a adoção de uma teoria por parte do ordenamento jurídico, confrontando assim o próprio ordenamento jurídico com a nova realidade inerente a deposição da teoria eclética e, conseqüentemente, da teoria assertiva.

Cumpra agora a definição necessária no sentido de preenchimento quanto ao vácuo deixado pela supressão dos referidos institutos.

PALAVRAS-CHAVE: condições da ação; carência de ação; possibilidade jurídica do pedido; legitimidade para agir; interesse processual; Novo Código de Processo Civil.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. A AÇÃO EM ROMA: A ORIGEM	9
2.1. O SURGIMENTO DA AÇÃO EM ROMA	9
3. INTRODUÇÃO AO PROCESSO ROMANO.....	12
3.1. <i>LEGIS ACTIONES</i>	13
3.2. PERÍODO FORMULÁRIO	14
3.3. COGNITIO EXTRAORDINARIA	15
4. IDADE MÉDIA.....	17
5. INSTITUTOS PROCESSUAIS CONSTITUINTES DA AÇÃO	21
6. TEORIA IMANENTISTA OU CIVILISTA	24
7. A POLÊMICA ENTRE BERNHARD WINDSCHEID E THEODOR MUTHER.....	26
8. TEORIAS SOBRE A AÇÃO	28
8.1. TEORIA DE WINDSCHEID	28
8.2. TEORIA DE THEODOR MUTHER.....	30
8.3. TEORIA OSKAR ROBERT ARTHUR VON BÜLOW E O INÍCIO DO PROCESSUALISMO CIENTÍFICO	34
8.4. AUTONOMIA DA AÇÃO	36
8.5. TEORIA DO DIREITO CONCRETO DA AÇÃO	37
8.6. TEORIA DO DA AÇÃO COMO DIREITO DE SER OUVIDO EM JUÍZO – ADOLPHO WACH	38
8.7. TEORIA DA AÇÃO COMO DIREITO POTESTATIVO	38
8.8. TEORIA ABSTRATA.....	39
8.9. TEORIA ECLÉTICA.....	42
8.9.1. <i>Construção da teoria eclética</i>	44
8.9.2. <i>Teoria Eclética e o Código de Processo Civil de 1973</i>	47
8.9.3. <i>Críticas à teoria Eclética</i>	50
8.10. TEORIA DA ASSERTÇÃO OU TEORIA ASSERTIVA.....	52
9. CONDIÇÕES DA AÇÃO.....	53
9.1. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO	54
9.2. LEGITIMIDADE <i>AD CAUSAM</i>	60
9.3. LEGITIMIDADE E SUA CLASSIFICAÇÃO	63
9.3.1. <i>Substituição processual ou legitimação extraordinária</i>	68
9.3.1.1. Legitimação extraordinária autônoma	68
9.3.1.2. Legitimação extraordinária autônoma exclusiva	69
9.3.1.3. Legitimação extraordinária autônoma concorrente	70
9.3.1.3.1. Legitimação concorrente primária.....	70
9.3.1.3.2. Legitimação concorrente subsidiária.....	71
9.3.2. <i>Legitimação extraordinária subordinada</i>	71
9.4. INTERESSE DE AGIR.....	78
10. OS INSTITUTOS JURÍDICOS REFERENTES AOS JUÍZOS DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	83
11. CONCLUSÃO	94
REFERÊNCIAS	97

1. INTRODUÇÃO

Para melhor compreensão do tema escolhido, tem-se que, inicialmente, salientar o conceito de ação nas três acepções que melhor conjuram o objeto da respectiva monografia¹: o sentido material, constitucional e processual, sendo este último voltado ao instituto das condições da ação, principalmente no cenário do Novo Código de Processo Civil, e será propriamente o objeto de maior atenção no decorrer do trabalho.

Precipuamente, vislumbra-se uma breve análise histórica da evolução da ação, de modo a contextualizar o início e o eventual desenvolvimento do problema que surge na Idade Antiga e se propaga pelas eras, sendo ainda hoje objeto de debate.

Passa-se, posteriormente, à abordagem dos conflitos de interesses regulados pelo direito, para, por fim, tentar construir caminhos possíveis para o instituto das condições da ação, principalmente o interesse de agir e a legitimidade *ad causam* no Código de Processo Civil porvir.

No que tange à ação, foram realizados tanto estudos quanto análises aprofundadas, o que gerou uma extensão em sua teorização e aproximou o instituto da abstração improdutiva. A análise teórica, não pode se afastar dos aspectos eminentemente práticos que se encerram no instituto.

A teoria que se destina a conhecer o fenômeno da ação deve estar conexo aos seus elementos pragmáticos. Dessa forma, tem razão os romanos na consagração do brocardo que afirma que “*nihil interest de nomine, cum corpore constat*”.²

Nada mais natural que se iniciar o tema trazendo à tona a *actio*, que é como os romanos denominavam a ação, conforme será visto adiante. Mesmo no sistema romano, sua definição sofreu diferentes interpretações conforme se tome por objeto a Monarquia, República ou Império Romano, e tornou-se tema principal em uma discussão que desencadeou uma porfia revolução nas águas serenas que se encontrava a teoria da ação até meados do século XIX.

¹ Este trabalho tem o intuito de estudar três acepções do conceito de ação, sem olvidar que há autores que desenvolvem diversas outras definições. Pekelis, por exemplo, afirmou em seus estudos ter encontrado 15 (quinze) acepções diferentes para o termo ação. García Valdés, por sua vez, encontrou nada menos que 23 (vinte e três) definições para o mesmo instituto. (Apud. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 1º Volume. 16ª edição. 1993, p. 93. Pekelis. *Azione, Nuovo digesto italiano*, t. 2, p. 92. García Valdés. *Ver. De Der. Proc.* 1945, p. 133).

² “Nada interessa nome, a expressão usada, desde que o principal, a essência, a realidade está evidente”. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 1º Volume. 16ª edição. 1993. pág. 93.

Nesse diapasão, necessário dizer que se construíram os alicerces para que, a partir dessa revolução que se iniciou na teoria do processo como um todo, pudesse, então, refulgir no que se entende hodiernamente como o instituto jurídico teoria da ação e os conceitos que tentam comportar a natureza jurídica da ação até a criação de suas presentes *condições* previstas expressamente no vigente Código de Processo Civil de 1973 (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e interesse de agir) e extintas no novo Código de Processo Civil, que vigorará em 2016.

O questionamento que se pretende responder nesse trabalho é? qual será o destino desses elementos legitimadores da ação no nosso ordenamento jurídico? Importante é sempre ter em mente que o debate, ainda hoje desprovido de uma posição pacificada, se mantém incólume no sentido de se manter vivo.

Nesse sentido, assevera o Professor João Batista Lopes que o “conceito de ação é matéria polêmica na doutrina, existindo mais de cem teorias que procuram explicar sua natureza em função”³.

Por sua vez, o eminente Ovídio Baptista destaca que a teoria da ação não se apresenta como um dos assuntos mais simples do direito processual civil e menciona que o assunto se apresenta “constituindo mesmo num dos temas mais inquietantes do direito processual, a ponto de estabelecer linhas divisórias entre os processualistas contemporâneos, tais e tantas as teorias e subteorias, todas movidas pela preocupação científica de desbravar aquele fenômeno.”⁴

Algumas das teorias da ação que preconizam sua função no Direito diante dos casos concretos serão abordadas, auxiliando os cientistas do direito a desenvolverem cada vez mais o tema e suscitando possíveis diretrizes de acordo com as teorias já existentes.

Por derradeiro, resta afirmar que não cabe no presente trabalho de conclusão de curso uma criação teórica inovadora sobre o tema, mas sim um delineamento sobre espaços que porventura as águas irrequietas do tema possam seguir.

³ LOPES, João Batista; *Curso de Direito Processual Civil*, São Paulo: Atlas, 2005, p. 75;

⁴ MOACYR AMARAL, Santos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 1º Volume. 16ª edição. 1993, pág. 143.

2. A AÇÃO EM ROMA: A ORIGEM

O conceito de ação sofreu mudanças no tempo, de forma que hoje temos demasiadas teorias que tentam explicá-lo, desde a mais clássica que a vincula essencialmente ao direito que por ela se tutela - direito em movimento (Savigny), direito em pé de guerra, reagindo contra sua ameaça ou violação (Unger), direito em seu exercício (Vinnius), dentre outros – seguindo estes a conceituação romana de Celso, onde a ação era o direito de pedir em juízo o que nos é devido (*nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeat, in iudicio persequendi*), até uma conceituação mais moderna com características contemporâneas como autonomia, abstratismo e natureza pública. Fato é que essas questões nos deixam uma primeira pergunta sobre o início da ação no contexto romano: O que era a *actio* para os romanos?

Uma resposta a essa pergunta nos remete à necessária elaboração de uma breve propedêutica referente ao surgimento do próprio tema, ao contexto em que ela foi criada, à sua evolução histórica e às suas transformações no tempo.

2.1. O surgimento da ação em Roma

A ação surgiu como uma forma de tutelar os interesses individuais, uma reação à impossibilidade do indivíduo auto-tutelar-se. Em outras palavras, a absorção pelo Estado do império da ordem pública através do ordenamento jurídico.

No Estado romano, no entanto, essa função era ainda incipiente, pois não se fazia imperativo o poderio estatal diante dos cidadãos, contribuindo apenas como partícipe diante de processo que era proeminentemente *privatista*, ou seja, era visto como um contrato entre aqueles que poderiam fazer valer seus direitos, afinal, nem todos podiam angariar que esses direitos se tornassem efetivos.

A sociedade romana era distribuída entre classes detentoras de alguns direitos e outras que deveriam se contentar com uma posição inferior. Não cabe aqui uma revisão de como se portava a sociedade romana segundo sua estrutura social, mas tão somente a compreensão do cenário que se inseria a ação à época.

A jurisdição, através de uma atividade realizada por *terceiros imparciais* ou até mesmo podendo ser colocada como uma atividade desinteressada a esse tempo, utilizava-se de um processo como método de resolução dos conflitos que sofreu muitas

mudanças ao longo do tempo, e que de forma imperativa reconhecia, extinguiu ou preservava os direitos, tendo em vista que a sentença o tornasse indiscutível e o objeto dessa mesma sentença, através da coisa julgada findasse o conflito.

Essas características elementares, de uma forma geral também estão contidas na forma moderna de vermos a jurisdição. Agregando-se a ela a ideia de impossibilidade de controle externo para que se concretize o conceito na forma como o conhecemos hodiernamente, tem-se uma dimensão simplificada da forma como a vemos hoje e é aqui que nos interessa a cisão relacionada ao processo romano e o atual.

Antes *privativista* e atualmente *publicista*, o processo evoluiu a partir do poder do Estado de forma a fazer valer sua força perante suas decisões e sancionar as normas que, por ventura, fossem exigidas pelo ordenamento jurídico.

O fato de a função imparcial de julgar os litígios nem sempre ter sido exercida pelo Estado reflete ainda hoje no nosso ordenamento. Temos, por exemplo, a possibilidade de transferência dessa competência para terceiros investidos de poder de decisão privado, como as convenções arbitrais, sendo essa a essência do sistema romano. Assim, o que hoje é a exceção antes era a regra.

Distingue-se, assim, uma forma de se ter a jurisdição com caráter público, tendo o Estado ordinariamente a função de exercê-la, de outra vista como um contrato entre os particulares que se submetem ao juízo do litígio perante um juízo particular, no caso dos romanos os *arbiter* (árbitros) ou *iudex* (juízes), que recebiam as fórmulas e julgavam os litígios, ocupando o lugar dos nossos magistrados modernos.

Se perguntássemos a um transeunte qualquer hoje poderíamos, quase ao certo, nos depararmos com um conceito de ação bastante popular, talvez dissesse o nosso entrevistado que a ação nada mais é do que uma forma de buscar o que é devido a si, através do Judiciário, e adquirir tanto uma forma de efetivar algo que se pretende, quanto o próprio objeto a que se direciona a ação, nos proporcionando esse viandante uma divisão notória entre um direito e a busca pela efetivação deste, divisão que, diga-se de passagem, careceu de séculos para ser compreendida e efetivada.

Necessário aqui se torna, portanto, advertir que essa distinção é algo que se conceituou através das eras, ao passo de muito conflito doutrinário, embates filosóficos, além de séculos e mais séculos para se concretizar características que parecem inatas e simplórias ao pensamento das pessoas hoje em dia, quase como se sempre estivessem existido e percebidos no processo.

Pois bem, traça-se agora um ponto inicial na história para que seja compreendido como se chegou aos modernos institutos da ação, como a autonomia, abstração, a natureza pública, entre outros.

O nosso marco zero se situa em Roma, aproximadamente no ano 150 a.C., pois foi nessa época que se criou grande parte do nosso sistema jurídico. Além de grandes guerreiros, os romanos também foram grandes juristas e influenciaram gerações após gerações com sua forma de regular a atividade humana através do direito.

3. INTRODUÇÃO AO PROCESSO ROMANO

Passando pelas fases da "*legis actiones*" (período romano mais antigo que vai da fundação de Roma até o ano de 149 a.C.), do *formulário* e da *cognitio extraordinária* que vigorou entre o ano 200 e o ano 565 de nossa era", sendo essa última a fase onde surgem os "germes do processo civil moderno"⁵, tem-se um ponto de partida para chegar ao que se entendia por *actio*, inclusive nos dando informações extremamente pertinentes para compreendermos o que hoje se entende por ação e processo.

Vale ressaltar que o processo, tal como qualquer experiência científica na história, não relata uma evolução constante, se assemelhando mais com um sistema cíclico, onde por hora sofre avanços e por outra sofre uma involução.

Como referência para tal aferição de evolução de um determinado momento histórico, como é de se esperar, tomamos por verdadeiros os valores modernos que regulando nossa sociedade de forma justa e comprometida com os valores e princípios constitucionais, sob a égide do império da ordem pública e função pacificadora do Estado, nos faz acreditar que seja conforme se admitiu acima, justa.

Afinal, cada sujeito é refém da episteme a qual está inserido e como não poderia deixar de ser, cada era julga de acordo com os valores consagrados como sendo os seus pilares sociais. Surge a máxima de nunca nos esquecermos do sempiterno conceito de evolução como uma construção eterna, sempre podendo aglomerar algo, mesmo que esse avanço signifique reviver alguma coisa que se entendia como prescindível, mas que porventura se tornou novamente necessário e aplicável.

Portanto, a evolução como sendo uma via de mão única, onde o posterior é sempre indubitavelmente superior na visão clássica de Comte, deve ser afastada de acordo como nos propusemos a trabalhar nesse ensaio, isto sob pena de caso não o fizermos, deixarmos de lado uma criticidade relacionada à veracidade do objeto que nos é apresentado e sucumbirmos à ideia de eternidade das nossas avaliações, ideia jamais condizente com o método científico, principalmente aquele aplicado às ciências humanas.

O Direito, tal como a ação, reflete um momento histórico, que obviamente será deposto pelo porvir. Para entendermos como o fenômeno ação se construiu, teremos que nos abster de nossos preconceitos e em grande medida da moderna forma de

⁵ HUMBERTO THEODORO, Júnior. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume I; 52ª edição; Editora Forense, pág. 09/10.

exercitarmos o próprio direito. Em suma, deve-se beber da água pura que a história nos proporciona para refletir sobre os fatos que nos estão sendo apresentados, sem, no entanto, nos embriagarmos de nós mesmos. Segue uma breve descrição da ação na forma do processo romano.

3.1. *Legis actiones*

Esse período denominado de ações legais ou *legis actiones* é assim denominado por ter tido em cinco as ações que estavam dispostas às partes para resoluções das contendas à época, sendo um procedimento que se caracterizava por ser solene em demasia e que detinha uma espécie de ritual extremamente solente, no qual palavras e gestos deveriam ser respeitados de forma indispensável, podendo, inclusive, os litigantes terem suas demandas desprovidas somente pelo erro referente a uma palavra ou gesto.⁶

O procedimento das ações da lei era feito oralmente e pode ser compreendido como tendo duas fases: “uma perante o magistrado, que concedia a ação da lei e fixava o objeto do litígio; e, outra, perante os cidadãos, escolhidos como árbitros, aos quais cabia a coleta das provas e a prolação da sentença. Não havia advogados e as partes postulavam pessoalmente.”⁷

José Eduardo Carreira Alvim trata do período primitivo, senão vejamos:

No primeiro período, chamado de ações da lei, o procedimento caracterizou-se por um ritualismo próximo da religiosidade, consistente em declarações solenes, acompanhadas de gestos que os pontífices ensinavam aos litigantes, e que estes deveriam repetir diante dos pretores (o pretor era o magistrado romano, numa época em que quem julgava não era o pretor, mas o iudex (juiz) ou arbiter (árbitro), ambos julgadores privados), sendo que o mais insignificante erro conduzia à perda do litígio. Bem conhecido é o exemplo citado por Gaio, e que se tornou o retrato do sistema, de um contendor que, demandando contra seu vizinho por haver este lhe cortado umas videiras, pronunciou perante o pretor a palavra vites (videira) em vez da palavra arbor (árvore), que era a que lhe haviam ensinado os pontífices, e, por este simples erro na denominação, perdeu a demanda.

As ações da lei encontram o seu fundamento na Lei das XII Tábuas, que mais do que uma classificação de ações, constituíam formas autorizadas de procedimento, com características próprias, em que palavras, gestos e atitudes prescritas pela lei deveriam ser adotadas pelas partes.

⁶ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 3ª Ed. São Paulo, Max Limonad, v. I, nº 33, pg. 61.

⁷ HUMBERTO THEODORO, Júnior. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume I; 52ª edição; Editora Forense, pág. 10.

*Eram as seguintes ações da lei: legis actio sacramentum, legis actio per iudicis postulationem, legis actio per conditionem, legis actio per manus iniunctionem e legis actio per pignoris capionem.*⁸

Apesar do julgamento descrito acima poder ser uma forma um tanto quanto exagerada, podemos aferir que esse primeiro período, apesar do mérito de ter iniciado uma nova forma de compor os conflitos sociais, se verificava imaturo, ainda que se compare este ao que se tornaria o sistema jurídico romano.

3.2. Período formulário

Já nessa segunda fase, tem-se um aumento do poderio romano e, conseqüentemente, uma complexidade maior na forma como se compunham os litígios. Além disso, temos um dédalo no concernente às relações entre pessoas que geravam conflitos apreciados pelo modelo instaurado, assim como também uma problematização maior por ter-se estendido ao próprio poder do Estado a resolução das lides.

Torna-se, assim, impossível de ser comportada nos limites fixados pelo modelo anterior as demandas que por ventura surgissem nesse período e modelo, o que podemos resolver como uma complexidade maior dos conflitos entre pessoas, isto porque a própria sociedade romana se compreendia agora em outras relações, havia o domínio de outras sociedades e uma maior necessidade de organização da resolução desses novos conflitos.

Por conseguinte, aboliram-se as ações das leis, sendo agora função do magistrado aquela pela qual, segundo esse novo sistema, haveria de ser entregue uma forma pré-determinada para resolver todo e qualquer lide, daí a origem de sua denominação como período *formulário* ou *per formulas*.

Assemelha-se, contudo, em grande medida o período *formulário* ao período anterior. Sobre o procedimento, tem-se que, após ouvido o autor e examinada a pretensão do réu, eram entregues a *fórmula* de ações para composição do litígio.

Vale dizer que a intervenção de advogados e os princípios do livre convencimento do juiz e do contraditório das partes já se faziam presentes nesse

⁸ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria Geral do Processo*. 16ª edição Revisa e Atualizada, Editora Forense, pág. 102.

modelo. Também existia o fenômeno da sentença sendo imposta pelo Estado às partes, muito embora as sentenças ainda fossem proferidas por árbitros privados.⁹

Nesse sentido, destaca José Eduardo Carneira Alvim:

Na segunda fase do procedimento romano, chamado de formulário, o processo se constituía por fórmulas que o pretor redigia e entregava aos litigantes, de acordo com a ação que se pretendia instaurar, correspondendo a cada direito violado uma ação e uma fórmula diferente. Ao domínio correspondia uma ação reivindicatória; à posse, uma ação possessória etc. Essa característica do procedimento formulário levou Riccobono a afirmar que o direito romano não era um sistema de direitos, senão um sistema de ações, registrando Arangio-Ruiz existirem tantas ações quantos direitos subjetivos, e umas e outros são numerados e definidos por fórmulas que se encontram expostas no edito do pretor (edito é parte de uma lei em que se preceitua alguma coisa; diferente de édito, ordem judicial publicada por editais).

A fórmula era composta de: intentio; demonstratio; condemnatio; e adjudicatio.

(...)

Tanto o procedimento das ações da lei quanto o formulário compreendiam duas fases: in iure (aquela em que o pretor organizava o julgamento, fixando a proposta da questão litigiosa, sem considerar a veracidade ou falsidade dos fatos invocados pelas partes, decidindo se devia haver julgamento, este denominado iudicium), perante o pretor, para escolher a fórmula, e terminava com a litiscontestatio (a litiscontestatio encerrava a primeira fase do procedimento, fixando, perante o pretor, a lide que seria objeto de decisão pelo juiz popular – iudex ou arbiter – na segunda fase) e in iudicio (a etapa denominada “in iudicio” era aquela que se passava perante o iudex ou arbiter, que dirigia o processo, colhia as provas e proferia a sentença)¹⁰.

Percebe-se aqui essa maior complexidade do sistema, tendo em vista a menor aglomeração e absorção de funções pelo Estado, funções estas antes inexistentes ou não aplicadas ao mesmo.

Verifica-se, também, uma estreita relação do poderio romano com um maior primor na composição dos litígios, seja pela genialidade destes, seja pela necessidade ocasionada pela própria complexidade que se inseria o sistema. Eis o início do surgimento de toda estrutura que regeria a história do processo.

3.3. Cognition Extraordinaria

⁹ HUMBERTO THEODORO, Júnior. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume I; 52ª edição; Editora Forense, pág. 09.

¹⁰ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria Geral do Processo*. 16ª edição Revisada e Atualizada, Editora Forense, pág.102/103.

Em consecutivo, temos a fase da *cognitio extraordinaria*, tornando-se, enfim, a função jurisdicional como sendo privativa de um corpo efetivo de funcionários do Estado. Em consequência disso, temos o desaparecimento dos árbitros privados.

Surge, ainda, a forma escrita no processo, que compreendia o pedido do autor, a defesa do réu, a instrução da causa, a prolação da sentença e sua execução. A citação era realizada também por um funcionário público e os recursos relacionados ao litígio já eram admitidos.

Ademais, o Estado já usava de coação para execução de sentenças, estando, portanto, contidos nesse modelo todos os fundamentos precípuos do processo civil moderno.¹¹ Sobre o assunto, bem narra José Eduardo Carneira Alvim:

O terceiro período, chamado cognitio extraordinaria, caracterizou-se pela fusão das duas fases do procedimento romano numa só instância, em que os litigantes compareciam perante o pretor, que conhecia diretamente da demanda, colhendo a prova e proferindo a sentença.

A essa época o Estado, já bastante fortalecido, fazia sentir mais diretamente sua presença no processo, tendo o pretor se transformado em juiz, assumindo posição mais ativa do que nos períodos anteriores, deixando de ser um mero concessor das ações.

Esta última etapa na evolução do procedimento romano termina com as publicações ordenadas pelo Imperador Justiniano (essas publicações ocorreram entre os anos de 529 a 534 da Era Cristã), que tornaram conhecida a definição de ação, elaborada séculos antes por Celso e reproduzida, mais tarde, quase textualmente, por Ulpiano: Actio autem nihil est persequendi in iudicio quod sibi debetur “em verdade, a ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo o que nos é devido”.

Essa definição de Celso viria, séculos mais tarde, a constituir a base de uma doutrina, a qual teve adesão dos juristas até meados do século XIX, que, identificando a ação como o direito subjetivo material, que através dela se fazia valer em juízo, ficou conhecida como doutrina civilista ou imanentista da ação. Era chamada de imanentista porque a ação era algo imanente ao próprio direito material, sem ter vida própria, do que resultou a clássica proposição: “Não há direito sem ação; não há ação sem direito, a ação segue a natureza do direito”, acolhida pelo art. 75 do Código Civil de 1916: a todo direito corresponde uma ação, que o assegura.

Esta identificação da ação como direito subjetivo material fez com que ela constituísse uma parte do estudo do direito civil, mas teve o mérito de permitir o surgimento da Escola história do Direito, com Savigny à frente, criando o ambiente adequado para que os investigadores alemães colocassem as bases da nova ciência do direito processual, na segunda metade do século XIX.¹²

¹¹ HUMBERTO THEODORO, Júnior. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume I; 52ª edição; Editora Forense, pág. 09.

¹² CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria Geral do Processo*. 16ª edição Revisa e Atualizada, Editora Forense, pág.104.

4. IDADE MÉDIA

Com o decorrer dos anos o processo, como era de se esperar, sofreu consistentes mudanças, ocorrendo que à essa época encontrava-se inserido em um sistema germânico “regido por um rudimento próprio e primitivo de justiça”¹³, período este que podemos identificar como sendo após a queda do Império Romano no Ocidente, historicamente datado em 476 D.C., sendo as invasões *bárbaras* datadas entre 300 e 900 D.C., aproximadamente. A divisão aqui descrita se apoia em um evento específico, sendo que o processo que aqui descrevemos perdurou por décadas.

A preservação desses antigos escritos jurídicos que nos dão uma ideia mais aprofundada do Direito vigente à época se dá no século VI, a então conglomeração do *Corpus Iuris civilis* “Corpo Jurídico Civil” se verifica como uma compilação de leis romanas, contendo ainda Institutos, Pandectas, Novelas e Código Justiniano.

Essa compilação foi então efetuada pelo imperador bizantino chamado Justiniano e só chegou aos dias atuais pela sua maestria em mantê-las vivas, daí a sua conceituação como sendo o Código Justiniano.

Após esse período agônico de consequente dominação tanto na seara militar quanto política pelos povos germânicos subjulgando o império romano, houve a inserção e transformação dos costumes e do direito vigente em Roma através dos séculos vindouros, com a consequente implementação dos mesmos.

Ainda que em grande parte tenham os costumes “bárbaros” se mesclado ao Direito Romano e em outra seara este último ter remanescido, temos que é difícil conceituar uma linha de acontecimentos bastante definida, tendo sim uma maior ou menor aplicação desse direito que paulatinamente substituía o romano conforme a região que se verifique a análise.

Assim, a análise se torna mais esclarecedora se se tem em mente a região específica a qual será submetida o contraste de um e outro direito, dos povos que ali estavam constituídos entre outras características concernentes à época em observação.

Na prática e de forma genérica, pois aqui não cabe uma análise mais apurada e tão somente contextualizar alguns acontecimentos para uma melhor compreensão da história que percorreu o processo e a ação, temos que os povos *bárbaros* detinham uma concepção de direito bastante diferente das que haviam sido construídas até então pelos

¹³ HUMBERTO THEODORO, Júnior. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume I; 52ª edição; Editora Forense, pág. 10.

romanos. Podemos falar em verdadeiros procedimentos *rudimentares* por parte desses povos, tendo como consequência óbvia uma inserção do direito processual europeu em um “enorme retrocesso na marcha ascensional encetada pela cultura romana”¹⁴.

Como a invasão não ocorreu por uma única etnia e sim por muitas em um interstício que se prolongou por séculos, se tinha que o direito nessa época sofreu influência de muitas concepções distintas nesses distintos momentos, tendo posteriormente se afeiçoado a métodos litúrgicos para composição dos variados conflitos de interesses entre as pessoas, o que significa dizer que a regra era que os que eram competentes para julgar tais contendas em verdadeiros fanáticos religiosos, tendo como umas das consequências que esta corrente de pensamento influenciou a propagação de uma conduta radical por toda sociedade. A Europa vivia sua Idade das Trevas.

Esses juízes ao qual se submetia os conflitos entre pessoas buscavam justiça com práticas como os “juízos de Deus”, “duelos judiciais” e “ordálias”, tendo como fundamento a correlação desses feitos com a participação da própria entidade religiosa. A esse método dá-se o nome de “métodos cabalísticos”.

Em linhas gerais, temos um raciocínio sobre a forma como foi conduzido tais procedimentos baseado nos dizeres de Jeremias Bentham, versando este sobre o procedimento como jogos onde a sorte definia o vencedor, onde o sistema desprovia-se de um conhecimento lógico e ao invés disso tinha-se o resultado nas mãos de carrascos, verdugos e exorcistas, assim conjurando-se e instituído-se o panorama sistêmico da época¹⁵.

Sobre o período, temos o que descreve o eminente jurista Humberto Theodoro:

*O processo era extremamente rígido (formal), e os meios de prova eram restritos às hipóteses legais, nenhuma liberdade cabendo ao juiz, que tão somente verificava a existência de prova. O valor de cada prova e a sua consequência para o pleito já vinham expressamente determinados pelo direito positivo. A prova, portanto, deixara de ser o meio de convencer o juiz da realidade dos fatos para transformar-se num meio rígido de fixação da própria sentença. O juiz apenas reconhecia sua existência*¹⁶.

Há que se falar, entretanto, na manutenção por parte da Igreja Católica das

¹⁴ HUMBERTO THEODORO, Júnior. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume I; 52ª edição; Editora Forense, pág. 10.

¹⁵ COSTA, Lopes da, *Manual Elementar de Direito Processual Civil*, 1956, nº 56, pág. 57.

¹⁶ HUMBERTO THEODORO, Júnior. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume I; 52ª edição; Editora Forense, pág. 10.

instituições referentes ao direito romano, manutenção esta que acabou por ser subsumida ao direito canônico.

Já referente à reestruturação do estudo científico como meio de alcançar uma realidade lógica também na dirimição dos conflitos entre pessoas e consequente reinserção do direito romano às universidades, época que data do século XI, acontecimentos que em grande medida se deve aos glosadores e que entre outras coisas acarretou uma posterior fusão de “normas e institutos do direito romano, do direito germânico e do direito canônico, e com ele o processo comum, que vigorou desde o século XI até o século XVI”¹⁷, temos um panorama mínimo do que se sucedeu.

A partir de então, um processo de excessiva lentidão e demasiada complexidade, apesar de já possuir características como o fato de ser escrito, pôde, mais uma vez, se propagar pela Europa e aperfeiçoar-se, influenciando, inclusive, de forma significativa o processo moderno.

A partir de então, excluem-se algumas formas do antigo processo como as “ordálias” e “juízos de Deus”, contudo, mantém-se a tortura como meio adequado ao processo.

Somente no século XX, inicia-se o processo civil moderno ou fase científica, isto com a retirada das provas tarifadas, ou seja, aquelas que eram pré-valoradas para vincular a decisão do juiz.

Esse avanço ocasiona a consequente acumulação dos poderes do magistrado, que agora não se confunde mais com um simples espectador da vitória do litigante mais hábil¹⁸. Torna-se, assim, finalmente, o processo civil como meio legal, lógico, dialético e político da pacificação social e império da ordem pública.

Chega-se ao momento onde a ciência processual toma sua forma plena e estratificada, se afastando assim do Direito Civil, tomando seu lugar como campo autônomo de estudo, ou seja, apesar de filósofos e civilistas controverterem sobre a natureza jurídica da ação e do processo, aqui se dá a cisão ou salto de ambos institutos para um patamar central de uma discussão onde ainda hoje está longe de se pacificar.

É aqui que se verifica a verdadeira “explosão cambriana” de teorias para explicar a ação, progressivamente aglomerando ao ideário processual algumas características que antes ou estavam inseridos em uma visão que limitava a ciência

¹⁷ HUMBERTO THEODORO, Júnior. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume I; 52ª edição; Editora Forense, pág. .

¹⁸ ECHANDIA, *Compendio de Derecho Procesal*, 1974, v. I, nº 7, pág. 7.

processual como ramo próprio do Direito ou não passavam de intuição por parte da doutrina que raramente abordava o tema. Fato é que cada uma delas institui uma nova forma de identificar o fenômeno. Cabe aqui, no entanto, abordar apenas as mais proeminentes.

O processo pode então ser dividido em três tipos fundamentais, quais sejam o processo romano, o germânico e o comum medieval. Chiovenda incorreu na análise comparativa quanto as suas principais dimensões: o escopo processual; a função do juiz; os atos do juiz; a função da prova; a coisa julgada; e a forma do processo. José Eduardo Carreira Alvim, *Teoria Geral do Processo*, 16ª edição Revisa e Atualizada, Editora Forense, página 20/23).

Já sobre a evolução da doutrina processual em um sentido de ser, como adverte Alcalá-Zamora, “momentos entrelaçados entre si”, temos a construção do direito processual como sistema de princípios divididos nas etapas: primirivisto; judicialismo; praxismo; procedimentalismo; e processualismo científico. Delineação proposta em uma conferência em São José da Costa Rica sobre “Evolução da Doutrina Processual”, incluída em sua obra intitulada “Notas Tomadas de um Curso de Teoria Geral do Processo”¹⁹.

¹⁹ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria Geral do Processo*. 16ª edição Revisa e Atualizada, Editora Forense, pág. 23/26.

5. INSTITUTOS PROCESSUAIS CONSTITUINTES DA AÇÃO

Para aprofundar no subsequente tema que é a análise das mais diversas teorias que abordam a ação, necessário é um domínio de alguns institutos bastante específicos que a compõe, sob pena de que sem tal império perante esses compêndios se terá uma inevitável deturpação dos significados, uma limitação ao alcance que tal estudo proporciona além de um imperdoável descuido perante um dos temas chaves para compreender o próprio Direito Processual, isto porque se sabe que diverge este dos demais campos científicos do Direito, tendo em vista que há uma necessária conexão entre os temas.

Assim, para entender o que é ação tem-se que dominar o conceito de relação processual e para compreender o conceito de relação processual será necessário conceber como se forma a pretensão resistida. Isso nos levará inevitavelmente ao conceito dos interesses dos sujeitos da relação processual perante o ordenamento jurídico, como esse conflito perturba a paz social e como deve este ser resolvido pelo Estado tendo em vista a impossibilidade de justiça por mãos próprias.

Cabe lembrar ainda que o entendimento adotado de relação processual advém de uma teoria publicista, teoria majoritária entre os processualistas.

Conforme ensina Carnelutti sobre o conflito de interesses entre as pessoas, temos como existente uma relação de causa e efeito entre os bens da vida e as ambições do homem, o primeiro limitado, o segundo apenas limitante.

O conflito surge justamente quando da desproporção da situação favorável à satisfação de uma necessidade (interesse) entra em conflito com outra situação favorável a satisfação de outra necessidade, ocasionando assim uma pretensão resistida (lide), que nada mais é do que a tentativa de um indivíduo subordinar o interesse de outrem de acordo com o seu próprio (pretensão) e este outro indivíduo se opondo a essa subordinação²⁰.

O sujeito do interesse é o ser humano ao passo que o bem que desencadeia a lide é o objeto da própria lide.

Recorda-nos Moacyr Amaral Santos que o homem não vive isoladamente, aliás, ninguém vive em sua própria ilha, salvo nas exceções que a literatura nos presenteia,

²⁰OVÍDIO BAPTISTA, Da Silva. GOMES, GOMES, Fabio Luiz. *Teoria Geral do Processo*. 4ª edição. Revista atualizada e com a recente reforma processual. Editora: Revista dos Tribunais. pág. 111. *Apud*. CARNELUTTI, Francesco. *Lezione di diritto processuale civile*. P. 16.

como a verificada, *verbi gratia*, no romance escrito por Daniel Defoe, intitulado de Robinson Crusoé.

Isto posto, há que se diferenciar as necessidades individuais das necessidades derivadas do contexto social. A estas últimas, dá-se o nome de interesses coletivos, às primeiras de interesses individuais.

Nesse contexto, Moacyr Amaral leciona:

*No interesse individual a razão está entre o bem e o homem, conforme suas necessidades; no interesse coletivo, a razão ainda está entre o bem e o homem, mas apreciadas as suas necessidades em relação a necessidades idênticas do grupo social. (...) é função dos próprios grupos sociais que se constituíram para a satisfação, a realização e o desenvolvimento daqueles interesses*²¹.

Pressuposto fundamental da convivência entre pessoas é a paz social. Em virtude disso, surge a necessidade de prevenção e dirimição dos conflitos em nome da ordem, visto que a sociedade tem por base a existência dessa mesma ordem para se manter viva.

O Direito vem em socorro dessa ordem, visto que se fundamenta como o sistema normativo, regendo as condutas dos indivíduos sobre uma égide. Já a ordem jurídica é aquela regulada pelo direito que dirime e previne os conflitos de interesses entre esses mesmos indivíduos.

Eis então o cenário em que se encontra o direito objetivo, que é aquele que “através de normas gerais e abstratas, se, por um lado, prescreve a conduta das pessoas diante de um interesse, por outro, prevendo a possibilidade de ocorrerem certas hipóteses conflitantes de interesses, prescreve as consequências que destas resultam”²², na regulação dos conflitos o direito tutelar as categorias de interesses que serão juridicamente protegidos.

Dessa forma, entende-se qual interesse deve prevalecer em um determinado conflito, o interesse subordinante ou protegido prevalecerá ao interesse subordinado “na situação do sujeito diante do próprio interesse, conforme seja subordinante ou subordinado, se configura uma situação jurídica. Ou, por outras palavras, o interesse juridicamente protegido ou juridicamente subordinado constitui o que se chama situação jurídica. A combinação de ambas situações jurídicas no mesmo fenômeno forma o que se chama relação jurídica. Relação jurídica é, pois, o conflito de interesses regulado pelo

²¹ MOACYR AMARAL, Santos. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 1º Volume. 16ª edição. 1993. P. 11.

²² MOACYR AMARAL, Santos. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 1º Volume. 16ª edição. 1993. P. 05.

direito. Nela se compreendem duas situações jurídicas: uma subordinantes ou protegida, também dita ativa, e outra subordinada, também dita passiva.²³”

Ao afirmar que existe um interesse juridicamente protegido, verifica-se que o direito estabelecerá que um interesse deve prevalecer. Isto ocorrerá mediante uma medida jurídica, o que costumeiramente se verifica através de uma sanção, caso não se verifique sua realização pelo interesse subordinado, contudo, essa proteção legal se realizará quando o titular desse interesse subordinante, em demasiados casos, agir em direção a satisfação desse interesse. Nesses casos, haverá o efeito condicionante da vontade desse titular, o que é o mesmo que afirmar que este detém um direito subjetivo, ou seja, “nem todos interesses juridicamente protegidos são direitos subjetivos, mas todo direito subjetivo é um interesse juridicamente protegido com o concurso da vontade de seu titular. (...) É o poder atribuído à vontade do titular do interesse juridicamente protegido de fazer atuar a sanção ou mesmo uma medida preventiva, a fim de que se realize a subordinação do interesse de outrem ao seu.”²⁴”

²³ MOACYR AMARAL, Santos. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 1º Volume. 16ª edição. 1993. P. 06.

²⁴ MOACYR AMARAL, Santos. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 1º Volume. 16ª edição. 1993. P. 08.

6. TEORIA IMANENTISTA OU CIVILISTA

A teoria imanentista ou civilista tem como grande líder doutrinário um dos mais respeitados juristas alemães do século XIX, sendo também o maior nome da Escola História do Direito.

Friedrich Carl von Savigny entendia que somente com a violação de uma regra de direito material surgiria, eventualmente, para a pessoa que tivesse seu direito violado, uma forma de restabelecer seu *status quo* anterior.

O direito de ação era o direito subjetivo material reagindo contra a ameaça ou uma tal violação, de sorte que a autonomia à ação inexistia, sendo apenas mera violação ao direito material.

Nas palavras de Joseph Unger sobre a ação temos que ela, para a concepção civilista seria “*le doit casque et armé em guerre*”(o direito de escudo e armado para a guerra). Caracteriza-se pela concepção da ação como sendo nada mais do que o próprio direito violado em sua forma reacionária.

Nas palavras de Celso amplamente aceitas até o século XIX podemos conceituar a ação da seguinte forma “*actio autem nihil aliud est quam ius perseguendi in iudicio quod sibi debetur*” (a ação nada mais é do que o direito de alguém perseguir em juízo o que lhe é devido), portanto, ação e direito seria a mesma coisa em estados diversos. A ação se prenderia indissolúvelmente ao direito que por ela se tutelaria.

Importante ressaltar que a referida assertiva desenvolveu-se de forma distinta aos sistema em que foi preconizada, isto porque após séculos terem passado desde sua formulação, nada mais natural que houvesse um reajuste do Direito moderno à cultura romana, que se assemelha com a teoria Civilista na medida que tratam ação e direito material como dependentes.

O próprio professor Ovídio A. Baptista da Silva faz a ressalva de que Celso, ao conceituar a actio, a elabora para ser aplicada no campo do direito material, devendo serem as críticas vinculadas aos civilistas, pois estes sim tentaram usar o conceito para explicar a ação processual²⁵.

Fazem, no entanto, alguns autores a observação referente aos direitos reais, no que se refere à sua persecução judicial, como direitos também absorvidos pelo conceito de ação dos ditames civilistas, não se limitando aos direitos prestacionais ou

²⁵ OVÍDIO BAPTISTA, Da Silva. GOMES, GOMES, Fabio Luiz. *Teoria Geral do Processo*. 4ª edição. Revista atualizada e com a recente reforma processual. Editora: Revista dos Tribunais. pág. 100.

obrigacionais. Nesse último cenário, os direitos reais estariam inseridos no termo “*quod sibi debetur*” (o que lhe é devido), podendo um indivíduo perseguir em juízo o que é seu e também o que lhe é devido. Aqui se verifica a adequação ao sistema moderno com mais nitidez, pois se amplia ao conceito de ação o direito como fonte material.

A teoria imanentista advertiu que a conceituação que definia a ação como um direito novo, direito esse diferente do próprio direito lesado a que estaria indissolúvelmente ligado, ao direcionar-se à outra parte no sentido de fazer com que esta cessasse a violação e surgindo dessa mesma violação, não poderia ser considerado um direito autônomo perante o direito material, nada mais sendo, portanto, do que uma duplicação desse mesmo direito material violado. A ação como direito autônomo seria afirmar um mesmo direito de duas formas distintas.

Resta salientar que, apesar da superação dessa forma de conceber a ação, grande mérito se estabelece a essa doutrina, conforme assevera Marinoni:

*A compreensão da definição de Celso pela doutrina que não viu qualquer distinção entre a ação e o direito material ao menos permitiu o esclarecimento de que a ação privada não mais existia, e então nada mais era do que o direito de perseguir o direito por intermédio do juiz*²⁶.

Conforme esclarece Moacyr Amaral Santos sobre a episteme que abarcou e se seguiu até que se verificasse uma ruptura com o que definia essa corrente, temos que ela aglomerou quase todos os juristas até metade do século dezenove e a totalidade da doutrina brasileira até o final do primeiro quartel do século vinte²⁷.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 7ª Revista, atualizada e ampliada. Editora Thomson Reuters: Revista dos Tribunais. pág. 168.

²⁷ MOACYR AMARAL, Santos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 1º Volume. 16ª edição. 1993. pág. 144.

7. A POLÊMICA ENTRE BERNHARD WINDSCHEID E THEODOR MUTHER

A ação, dentre outras formas possíveis, pode ser concebida no sentido de ser um direito. A controvérsia entre os autores Bernhard Windscheid e Theodor Muther se verifica, essencialmente, nesse contexto.

Quanto à natureza desse mesmo direito, existem diversos autores que tentaram explicá-la. São diversas as explicações para o fenômeno, sendo citadas no presente trabalho as que parecem ser proeminentes para abrangência e conhecimento das possibilidades e diretrizes que o instituto do direito de ação proporciona.

Inicia-se, como é de se esperar, pela polêmica que fez emergir se não uma nova forma de ver o problema, ao menos trouxe elementos suficientes para que meras desconfianças quanto as características da ação vissem a ser corroboradas pela doutrina, superando a doutrina anterior que pregava uma união entre direito civil e processo, ação e direito.

A discussão referida se configura em um cenário onde até então se tinha a ação como algo vinculado ao direito subjetivo material. A ação era vista como mero apêndice do direito material, ou seja, nada mais que um direito adjetivo para complementá-lo, em um sentido de dependência absoluta do ação quanto ao direito violado.

Resulta dessa distinção entre direito violado e ação, até então inexistente ou pelo menos não abordada pela doutrina, o grande mérito dessa discussão. Distinguiu-se o direito e a ação, cada um com conteúdo próprio, no qual a concepção imanentista ou civilista que ditava o processo como algo imanente ao direito e que tem sua base etimológica e científica no direito romano deu lugar à uma atuação proeminente da ação como instituto próprio, direito subjetivo público ou direito à tutela estatal, ou seja, direito contra o Estado para invocar a sua tutela jurisdicional, direito autônomo. Nesse diapasão “distinguiu-se, assim, o direito subjetivo material, a ser tutelado, do direito de ação, que era direito subjetivo público”²⁸.

Isso quer dizer que até tal embate teórico, as divergências acerca do tema – a natureza da ação - eram poucas, quiçá nenhuma, ao passo que após o debate ocorreu uma verdadeira revolução e proliferação de ideias e teorias para explicar nichos do

²⁸ MOACYR AMARAL, Santos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 1º Volume. 16ª edição. 1993. pág. 144.

problema que até então se escondiam em mera sensação de existência de alguns elementos na natureza da ação elevaram-se.

Após apurado exame pelos proeminentes professores Windscheid e Muther, o debate jamais cessou.

No que se refere ao período anterior, ou seja, o preceito fundamental da teoria civilista, tem-se os dizeres de Aulo Cornélio Celso, enciclopedista romano que viveu entre 25 a.c. – 50 d.C., segundo o qual “*actio autem nihil aliud est quam ius perseguendi in iudicio quod sibi debetur*”²⁹, sendo tal conceito reafirmado mais tarde quase que textualmente por Eneo Domitius Ulpianus, jurista romano que viveu entre 150 – 223 d.C.

Dessa concepção, subentendia-se a ação como parte do direito civil, mas tal posicionamento, ainda que hoje superado, teve o mérito de ter possibilitado a criação da Escola História do Direito, tendo como seu grande nome um dos mais influente juristas alemães do século XIX, Friedrich Carl von Savigny, que é autor da conceituação de ação que diz que “não há direito sem ação; não há ação sem direito; a ação segue a natureza do direito”. Essa frase mostrou-se influente e foi vista como verdade absoluta por muitos anos, sendo, inclusive, recepcionada pelo nosso Código Civil de 1916, em seu artigo 75.

²⁹ “Em verdade, a ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo o que nos é devido”.

8. TEORIAS SOBRE A AÇÃO

8.1. Teoria de Windscheid

Para o Professor Bernhard Windscheid, professor da Universidade de Greifswald, na obra escrita em 1856 e intitulada de *A Ação do Direito Civil Romano do Ponto de Vista do Direito Atual (Die Actio des römischen Zivilrechts, von Standpunkte des heutigen Rechts)*, havia uma elementar diferença entre a ação (*klagerecht*) conforme era estabelecida no direito alemão, no qual vigorava o sistema justinianeu, e a teoria que havia vigorado na era romana.

Os fundamentos para estabelecer tal distinção toma por base uma suposta diferença entre a *actio* (ação romana) e a *klage* (ação alemã). Para o renomado autor Bernhard Windscheid, seria o instituto romano da ação definido como a completitude entre o primeiro ato da atividade que o autor exercia até o momento da sentença, um “sistema de pretensões”, sendo antinômico ao instituto que se delineava no sistema alemão. Nesse último, a conceituação do instituto ação seria o direito de acionar ou a ação como primeiro ato processual para reivindicar uma pretensão.

Em outra medida, seria o sistema romano desprovido do conceito inerente a um sistema de direitos que regulava as obrigações nas relações das pessoas, sendo mais um sistema que tem por prerrogativa a regulação através do pretor na sua função de afirmar que existe uma obrigação a ser cumprida.

Dessa forma, extrai-se uma inexistente correlação que detinha a ação romana (*actio*) e o direito subjetivo material, sendo a ação romana aquilo que alguém poderia exigir de outrem³⁰.

Para corroborar essa concepção, o renomado professor baseava-se, inicialmente, em uma análise do *Corpus Iuris Civilis*, pois este detinha em seu conteúdo vários exemplos de ações que não correspondiam a um direito lesado, podendo haver ação independente de ter existido uma lesão ao direito.

O sistema que imperava quando da época da realização da obra do referido autor era o sistema Imanentista ou Civilista, tendo, dessa forma, uma distinção perante o direito germânico, este último baseado na necessária violação de um direito para que

³⁰ OVÍDIO BAPTISTA, Da Silva. GOMES, GOMES, Fabio Luiz. *Teoria Geral do Processo*. 4ª edição. Revista atualizada e com a recente reforma processual. Editora: Revista dos Tribunais. pág. 97.

surgisse o direito de ação (Civilista ou Imanentista) e, conseqüentemente, a *anspruch* (pretensão).

Ora, dizia Windscheid, que se existesse a possibilidade de que um romano detivesse uma ação independentemente de um direito ter sido violado, só poderia ter escapado da percepção dos romanos e do seu conceito de *actio* (ação).

Inclui-se a esse raciocínio a ideia de competir a *actio* uma posição de destaque ainda maior, posicionando-se, assim, no lugar do próprio direito. Dessa forma, quando Windscheid se refere ao sistema romano em contraposição ao germânico diz que no primeiro “tens tal e tal *actio* e não tal e tal direito”, ou seja, “nesta relação podes fazer valer a tua vontade, frente aos demais, pela via judicial”, o que seria diametralmente oposto à ideia configurada do sistema germânico de que “nesta relação tua vontade é lei para os demais”³¹.

Agrava a situação apregoada pelo autor referido o contexto a que se submetiam os pretores no sistema romano, os quais estavam, segundo Windscheid, configurados em uma posição acima do próprio direito, podendo dar uma sentença ao caso concreto que não necessariamente provinha da lei.

Segundo ele, os pretores detinham o poder de negar direitos mesmo quando estava expresso no *Ius Civilis*. Cabia ao pretor romano proferir a decisão favorável ou não à *actio*, ainda que o direito já fosse assegurado ao autor pelo *Ius Civilis* ou ainda, em outro diapasão, não estivesse previsto pelo referido código.

Dessa forma, poderia, eventualmente, o juiz levar em consideração as normas impostas pelo código, mas de forma alguma estavam eles submetidos ao ordenamento vigente, fazendo com que esse sistema fosse nada mais do que um sistema de pretensões, pois a *actio*, no sistema romano, estaria no exato lugar da *anspruch* (pretensão), que caso se compare a *klage* do direito germânico se verificaria significados e aplicações distintas, já que no direito romano era mais importante o que dizia o pretor do que dizia o direito.

Importante salientar, contudo, que era essa pretensão uma pretensão direcionada ao pretor, ou seja, não uma pretensão relacionada ao direito de exigir de outrem uma determinada atuação, sendo oriunda do poder do juiz de dar ao caso concreto o que deveria ser conferido pela via legal.

Criava-se, assim, o próprio juiz, através do endereçamento da pretensão para a

³¹CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria Geral do Processo*. 16ª edição Revisa e Atualizada, Editora Forense, pág.105

resolução do conflito, isto baseado em sua própria convicção e não diante de um sistema de direitos que deveria vinculá-lo.

A conclusão que chega o autor é a de que poderia o *pretor* não se submeter ao direito, situação diametralmente oposta ocorreria no direito germânico, ao qual o juiz estaria restrito a concretizar a vontade da lei, dando ao caso concreto nada mais do que o poder de espelhar o que instituía o ordenamento jurídico.

Segundo o autor, a *obligatio* era o que realmente movimentava o sistema romano, pois era através dela que se fazia valer o direito. Essa pretensão, concedida pela tutela judicial, para obtenção do que se almeja e o que é atribuído pela *actio* é uma pretensão juridicamente reconhecível.

Deve-se entender a ideia de autonomia e originalidade a que se referiu Windscheid dentro desse contexto específico, sob pena de dar a sua teoria uma formulação alheia a qual ela realmente se adere (na obra *A actio*, Réplica ao Dr. Theodor Muther, tem-se a recepção de muitas das oposições feitas por Muther, conforme será exposto adiante).

Sendo assim, a **autonomia** da ação que uma parte da doutrina adverte ter surgido já nessa discussão adveio da convicção que tinha Windscheid da iniquidade do sistema jurídico romano se comparado ao sistema jurídico germânico. Este primeiro era desprovido da ideia de que surgia o direito de acionar através da lesão ao direito, v.g., o código que vigorava no sistema romano promovia determinadas ações desvinculadas da necessária lesão ao direito para se criar a ação, além de um poder exacerbado ao *pretor*, podendo este conferir **originalidade** às decisões. Ostentava-se, portanto, um poder acima da própria lei, no entanto, eventualmente, essas decisões poderiam ser ou não ser vinculativas a vontade da lei, apenas não sendo um pressuposto para que o *pretor* decida essa mesma correlação entre lei e sentença.

Sendo assim, a *klage* (ação) germânica não se confundiria com a *actio* (ação) romana, pois esta última estaria no lugar da *anspruch* (pretensão) germânica, onde o autor endereçava a ação romana ao pretor para que esse criasse uma regra no caso concreto através dessa pretensão endereçada a ele, sendo desnecessário convir ao *pretor* o que dizia a lei na sua aplicação ao mesmo caso concreto.

8.2. Teoria de Theodor Muther

Em 1857, o professor da Universidade de Königsberg³², Theodor Muther, questionou a obra publicada por Windscheid um ano antes, sobre o sistema jurídico romano. Ele o fez na obra intitulada *Sobre a Teoria da Actio Romana, do Moderno Direito de Queixa, da Litiscontestação e da Sucessão Singular nas Obrigações* (*Zur Lehre von römischen Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litiscontestation und der Singularsuccession in Obligationen – Eine kritik dês windscheid's chen Buches*) afirmando, entre outras coisas, a existência de uma congruência entre a *actio* romana e a *klage* alemã, se configurando, em um primeiro momento, a *actio* romana como a própria fórmula da ação que buscavam os autores, sendo ela o “ritual” do ato, ou, mais especificamente, “a fórmula escrita desse ritual”, nada mais sendo a *actio* do que a fórmula da ação, que devia observar-se e cumprir-se (*actio ad formam redacta*), ou seja, ação em que a forma condiciona o êxito.³³

No contexto dessa obra, o termo *agere* se designava para a descrição do autor ao se apresentar perante o pretor, mas agindo sempre em uma relação com o outro lado, qual seja, o adversário da contenda. O pretor deveria, por conseguinte, dar-lhe uma fórmula, ao passo que essa construção paulatina e solene deveria dar cabo no procedimento que se consagrava com a entrega dessa própria fórmula. A entrega ou concessão dessa fórmula é o que se poderia caracterizar como sendo a própria *actio*.

Ocorre que o sistema romano modificou-se diante da complexidade a que se inseriu suas relações interpessoais e consequentes conflitos derivados dessas relações. Dessa forma, em grande parte para se adequar à nova realidade ao qual estava inserido - havia se expandido territorialmente e o sistema antigo tornava-se um empecilho e em grande parte inútil na resolução dos conflitos – iniciou-se uma necessária mudança referente ao já não eficaz sistema anterior, ou seja, que não mais comportava a resolução dos mais variados conflitos que se tornavam cada vez mais complexos.

Ao afirmar que ambos os sistemas, romano e germânico, se assemelhavam em sua essência, baseia-se Muther na ideia de que, quando os romanos asseguravam uma *actio*, o que podemos exemplificar caso determinado fato da vida se assemelhe ao que o

³²Königsberg se chama hoje Kaliningrad e se encontra sob o domínio da Rússia (Revista FOCUS, n 145, Impala, p. 37, 24.07.2002). *apud* CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria Geral do Processo*. 16ª edição Revisa e Atualizada, Editora Forense, pág.104.

³³ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria Geral do Processo*. 16ª edição Revisa e Atualizada, Editora Forense, pág.106.

ordenamento prega, ou que, através de um edito³⁴ fosse prometida ao autor uma fórmula para que ele assegure o que almeja, isto através da própria *actio*, isto seria o mesmo que afirmar que esse mesmo autor detém de uma pretensão perante o pretor, mais precisamente um direito distinto do direito subjetivo material.

Mesmo antes de ter ocorrido violação essa pretensão já existe e, conseqüentemente, é algo inerente ao ordenamento, tal como se verificava no sistema germânico. Aliás, ao pretor era descabido negar ao autor a fórmula, caso se verificasse estar presentes as circunstâncias a que lhe foi prometida a própria fórmula, podendo o mesmo autor interpor a *intercessio* (queixa contra o pretor) ao ter sua aspiração denegada arbitrariamente.

Verifica-se a com nitidez a distinção que fez Muther em relação a Savigny e a teoria imanentista, já que afirmava a existência de um direito a par dos direitos individuais:

*Existia um direito à proteção do Estado, razão pela qual não necessitavam os romanos pressupor uma lide, e que a relação do direito à fórmula com o direito originário consistia no fato de que no primeiro o obrigado era o pretor, como representante da soberania do Estado, e, no segundo, era o cidadão particular. E mais: enquanto o direito à fórmula é público, o direito originário (subjetivo material) é privado*³⁵.

Ainda sobre a relação da *anspruch* e *actio* “*Anspruch* serve para exprimir, quer o fato de pretender, quer o de pretender com a pertinência jurídica da pretensão, ou seja, o direito de pretender – de exigir algo de outrem. Desconhecedores de tal conceito, não dispunham os romanos do vocábulo correspondente; em lugar usavam a palavra *actio*, cuja abrangência tornava-se cada vez mais restrita: atividade, atividade com outrem, atividade judiciária, atividade judiciária contenciosa, com especial referência ao agressor, e, pois, perseguição judiciária, a que chamamos de *klage*, não como fato, *mas como pertinência jurídica*. A *actio* não é exatamente o *Anspruch*.”³⁶

Ocorre que a *impetratio* (impetração) poderia ser concedida ou não, isto de acordo com alguns critérios referentes ao próprio caso em concreto e a forma como ele se apresenta perante o pretor, mas isso não obstaculizaria a ideia de que a pretensão do

³⁴ Aqui é necessário distinguir edito, édito e *editio*. Sendo o edito a edição de um nicho da lei ao qual nos remete à uma preceituação da própria lei, já édito pode ser entendido como “ordem judicial publicada por editais, e, por fim, *editio* era aquele momento de “concessão da ação, na qual se solicitava a fórmula.

³⁵ OVÍDIO BAPTISTA, Da Silva. GOMES, GOMES, Fabio Luiz. *Teoria Geral do Processo*. 4ª edição. Revista atualizada e com a recente reforma processual. Editora: Revista dos Tribunais. pág. 98/99.

³⁶ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*, Forense, 1959, v. 3, pág. 253/254.

autor para ter uma fórmula pra assegurar seu direito seja verificada. Caso o demandado se negue a cumprir a obrigação que deve temos o litígio como um pressuposto para se invocar essa tutela, os juristas romanos não poderiam conceder a ninguém a pretensão de invocá-la, sem pressupor o litígio³⁷, assemelhando-se, assim, o ordenamento jurídico romano ao ordenamento jurídico germânico.

Ambos os ordenamentos buscam a proteção de direitos subjetivos através da proteção precípua da lei, da observância da lei, e na inocorrência fática desta, tem-se a via judiciária para composição do que preceituam as regras vigentes. Não tem razão, segundo Muther, a afirmação de que o sistema romano é um sistema de pretensões.

Ao que se refere ao direito primitivo, podemos defini-lo, segundo Muther, como sendo aquele que se configura como o *direito privado* que direciona ao outro indivíduo do litígio, os particulares, se distinguiria assim do direito de *natureza pública*, aquele que se direcionaria ao pretor, seria o *direito de acionar*, ou a própria *actio*, conforme se queira.

A autonomia que confere Muther ao direito de ação, diferentemente do que preconizava o modelo de Windscheid, configurava-a como um verdadeiro direito distinto e destinado ao poder público, como sendo um pressuposto do direito primitivo, sem, no entanto, se tornar mero anexo dele.

Tem em seu conteúdo a sua necessária e própria tutela, contudo, afirma o autor, também possível seria idealizá-lo como um direito incondicional, nascido da necessária lesão do direito privado, portanto, só vislumbrado diante de tal situação de privação.

Distinguem-se, dessa forma, dois direitos referentes ao litígio, tanto no que concerne ao sujeito ativo e passivo quanto ao seu conteúdo. O titular do direito primitivo tem um direito primitivo contra o sujeito passivo da lide, quando aciona o Estado-juiz e faz-se valer do direito de ação (público), este (Estado-juiz) se torna o sujeito ativo do direito/poder (*rectius*) de exigência em relação ao sujeito passivo, que é aquela pessoa determinada e cuja qual recai o dever de reparar a situação do autor cuja violação foi verificada.

O conteúdo do direito primitivo é o de reconhecer que este mesmo direito existe, já o conteúdo do direito público no sistema romano é a restituição, ou seja, “a *actio* é a

³⁷ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria Geral do Processo*. 16ª edição Revisa e Atualizada, Editora Forense, pág.107.

pretensão do titular frente ao pretor, a fim de que este lhe confira uma fórmula, para o caso de o seu direito ser lesado”³⁸.

Tal qual no direito germânico, no sistema romano também se diferencia o direito lesado e o direito de acionar. Sendo lesado o direito se adquire a tutela estatal (direito de acionar), ocasionando assim, essa distinção descrita acima entre o direito material e esse direito de acionar, tanto no que se refere aos sujeitos quanto aos objetos.

Tanto os romanos como os germânicos entendiam esse direito como pressuposto de outro direito e sua necessária lesão. Já no que se refere às pretensões sem o necessário direito material lesado, conforme pregava a doutrina civilista e inexistia no sistema romano a que se referiu Windscheid, Muther rebate dizendo que também no direito germânico ocorreriam tais pretensões, exemplificando com as *naturalez obligationes* (obrigações naturais).

Distingue, por fim, as tutelas estatais, pretensões e direito. Tendo-se um direito cria-se uma pretensão para que esse direito seja respeitado pelos demais. Essa conduta que se almeja ao se ter um direito se confunde com o *ordenamento jurídico*, somando-se a ele *ordenamento das ações*. Se essa pretensão se esvai por uma eventual lesão ao direito, pode o titular do direito lesado reivindicar a tutela estatal, distinguindo-se, no entanto, essa mesma tutela de acordo com a forma como foi lesado o próprio direito.

Em 1857, o renomado Professor Windscheid reitera grande parte das ideias apresentadas pelo seu compatriota Muther, reconhecendo que ambos os conceitos, sejam eles *actio* e *klage*, seriam sim uma pretensão em face do Estado, um direito autônomo.

Nas sábias palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco temos uma sentença que me parece acolher a excelência proporcionada pela nobre peleja “as doutrinas dos dois autores antes se completam do que propriamente se repelem, desvendando verdades até então ignoradas e dando nova roupagem ao conceito de ação”.³⁹

8.3. Teoria Oskar Robert Arthur von Bülow e o início do processualismo científico

³⁸ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria Geral do Processo*. 16ª edição Revisa e Atualizada, Editora Forense, pág.108.

³⁹ CINTRA, Antonio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria do Processo*, 22ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001, pág. 266.

Antes de aprofunda no tema é necessário vislumbrarmos mais algumas teorias que se tornaram proeminentes no caminho que trilhou o instituto jurídico da ação e com isso ampliar a percepção do tema, a fim de compreender de forma mais correta a teoria adotada por nosso ordenamento, teoria essa como sendo uma dentro de um mar de possibilidades.

A teoria de Bülow não foge desse padrão buscado, pois é a partir dessa teoria, escrita em 1868, que se fundamenta alguns dos alicerces da concepção moderna de processo, para muitos o verdadeiro nascimento da ciência processual.

Distinguindo a relação jurídica existente no processo – que se funda nas partes constituintes do processo, quais sejam o juiz, autor e réu - da relação jurídica material litigiosa, ambas jamais se confundindo, e tendo a primeira objeto (provimentos jurisdicionais) e pressupostos (pressupostos processuais) próprios, o autor insere um novo paradigma ao qual se baseará a ciência do processo.

Durante a evolução e consequente classificação da natureza jurídica do processo, muitas foram as teorias que tentaram explicar de forma definitiva tal estrutura complexa e cheia de nuances. Savigny, por exemplo, entendia o processo como um “quase-contrato”, já para doutrinadores como Pothier se tinha um verdadeiro contrato, para outros, porém, essa natureza processual era afirmada como mera instituição jurídica, como situação jurídica ou, como afirmava Bülow, o processo como sendo uma relação jurídica, o fez em seu livro intitulado de *A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais*.

Nesse diapasão, depara-se com uma concepção de relação jurídica constituída de forma totalmente distinta da que desvendou Bülow, eis que “antes dele, processualistas como Manuel Mendes de Castro, no seu século, pensaram com a noção de relação jurídica processual, porém foi dele que se partiu para a sistemática do direito processual”⁴⁰, ou nas palavras de Carnelutti “a intuição de que existam junto às relações jurídicas materiais relações jurídicas processuais já é antiga, mas no princípio e durante muito tempo a figura da relação jurídica processual foi mal delineada”⁴¹.

Existiam de acordo com Bülow duas dimensões diferentes inerentes ao processo, sendo uma de direito material (causa de pedir da ação), essa a relação discutida em juízo, e uma outra relação que se compunha como relação de direito processual “que se

⁴⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I. Rio de Janeiro, Forense, 5ª edição, pág.

⁴¹ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de Direito Processual Civil*, volume I. Campinas, Servanda, pág. 341.

estabelecia com o próprio processo entre o autor e o juiz e este e o réu, identificando o processo como uma relação jurídica distinta daquela outra, porque tem como objeto a prestação jurisdicional”⁴².

Nos dizeres de Bülow:

*O equívoco da ciência processual foi – em vez de considerar o processo uma relação jurídica de direito público, que se desenvolve, progressivamente, entre o juiz (tribunal) e as partes – ter destacado apenas o aspecto da noção de processo mais evidente, consistente na sua marcha ou avanço gradual (o procedimento).*⁴³

8.4. Autonomia da Ação

A autonomia da ação nada mais é que a independência da ação perante a violação do direito material, tendo, dessa forma, verdadeira autonomia diante do direito material e não uma decorrência de causa e efeito deste, ou seja, não se confunde o direito violado com o direito de acionar o Estado para restabelecer a ordem jurídica, tendo em vista que o Estado, salvo em raríssimos casos, retirou do cidadão a possibilidade de fazer justiça com as próprias mãos em caso de violação ou ameaça de seus direitos ou interesses.

Resta este como sendo o fundamento precípua do direito processual, ou seja, essa concepção decretou o fim da teoria imanentista e o início de uma nova discussão acerca das especificidades dessa nova forma de ver o fenômeno processo e ação. Outrossim, esse novo conceito fez emergir outras teorias com o objetivo de explicar o direito de ação.

Passa-se à análise de algumas dessas teorias, iniciando, por uma questão meramente didática, pela teoria concretista, apesar da necessária advertência de ter a teoria abstrata advinda primeiramente.

A autonomia pode ser concebida em uma visão clássica com uma distinção do direito subjetivo material (que é aquele a ser tutelado) do direito subjetivo público (direito de ação), conforme vimos o instituto surgiu na polêmica entre Windscheid e Muther, onde o último entendia que a autonomia advinha do fato de ser a ação como sendo “um direito contra o Estado para invocar a sua tutela jurisdicional”, apesar de ter

⁴² DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, Ação(defesa) e Processo*. São Paulo, Dialética, 1997, pág.142.

⁴³ Oskar Von Bulow *apud* ALVIM, José. Eduardo. Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro, Forense, 2000, 7ª edição, pág.145.

vinculado o autor esse direito a uma necessária violação do direito, cuja posterior abordagem de Wach veio mais uma vez formular outro ideário da ação, que é a abstração.

A autonomia, em um primeiro momento, ficou ainda vinculada à concepção de uma necessária violação do direito, ao passo que posteriormente, com melhor delimitação de elementos antes obscuros, como, por exemplo a diferenciação do direito subjetivo material do autor perante o direito subjetivo público. Muito embora ainda haja resistência na aceitação da ideia dessa conceituação da ação, houve em larga escala o entendimento de que ambos institutos não se confundiriam, tanto no objeto a que pretendem tutelar quanto aos sujeitos que dele participam.

8.5. Teoria do direito concreto da ação

Destacam-se os consagrados nomes de Chiovenda e Wach como defensores dessa teoria, concebendo a ação como um resultado *sine qua non* da procedência do pedido, de modo que a jurisdição somente será prestada e estará presente com a procedência do pedido.

Para a teoria concreta inexistiria o direito de acionar nos casos de verificação de improcedência, sendo as condições da ação criadas como aquelas que seriam as condições para a vitória do demandante. Temos aqui uma ligação indissolúvel entre o direito de ação e a ocorrência de requisitos de direito material (condições imprescindíveis para a vitória do autor), se distinguindo daquelas que seria os requisitos de direito formal (os pressupostos processuais).

Sendo assim, sem conceber uma sentença favorável não se terá ação. Eis a motivação da denominação *teoria do direito concreto à tutela jurídica*.

Nesse momento não há que se falar em distinção das decisões proferidas por inexistência das condições da ação ou da improcedência do pedido, mas tão somente a existência da ação caso o pedido fosse procedente e sua inexistência no sentido contrário.

Por ventura pode haver, dentre outras críticas, uma verdadeira confusão decorrente desse fenômeno, ou seja, imagine um processo onde inúmeros atos processuais foram efetivamente trazidos ao mesmo e, ao final, diz-se que sequer existiu ação ou jurisdição pelo fato do pedido não ter sido acolhido. O que teria ocorrido então?

Mera atividade administrativa? Resta que se tornou de difícil sustentação essa posição diante das críticas que sofreu ao longo das décadas essa mesma concepção, contudo, seu estudo é elementar para compreendermos o fenômeno em sua plenitude.

8.6. Teoria da ação como direito de ser ouvido em juízo – Adolpho Wach

Adolpho Wach foi um dos fundadores da processualística contemporânea. Aqui se demonstra uma grande contribuição para a efetiva verificação do caráter autônomo da ação. Adolpho Wach, em 1885, demonstra esse caráter através das chamadas ações declaratórias negativas, que são aquelas que não têm como base, necessariamente, um direito subjetivo, ameaçado ou violado, para se obter uma sentença favorável.

Verifica-se, conforme demonstrou Wach, apenas uma simples declaração de inexistência ou existência de relação jurídica entre autor e réu. Para Wach, a ação se dirigiria contra o Estado e também contra o adversário, tendo como objetivo a tutela jurisdicional. Seria, portanto, um direito subjetivo público contra o Estado, este último obrigado à prestação jurisdicional.

Deve, no entanto, estar essa tutela jurisdicional necessariamente enleada à uma sentença favorável para que se verifique a ação, sendo assim, o direito de ação dependeria de alguns requisitos de direito material. Em outras palavras, o direito de ação estaria vinculado à presença das chamadas condições da ação e de requisitos de direito formal, os chamados pressupostos processuais. Sem estes, não se poderá conceber uma determinada sentença e também não haveria ação. Deriva disto a denominação da teoria como direito concreto à tutela jurídica.⁴⁴

8.7. Teoria da ação como direito potestativo

Para Chiovenda, que se intitulava discípulo de Wach, o direito de ação teria caráter privado ou público, de acordo com a lei, cuja atuação produziria um efeito de natureza privada ou pública.⁴⁵ Concordando com a teoria de Wach e com a teoria alemã,

⁴⁴ MOACYR AMARAL, Santos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 1º Volume. 16ª edição. 1993. pág.145.

⁴⁵ MOACYR AMARAL, Santos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 1º Volume. 16ª edição. 1993. pág.146.

Chiovenda estabeleceu que a ação seria um direito autônomo, contudo, a ação se dirigiria contra o adversário, em face do adversário⁴⁶.

O direito subjetivo que se direciona ao efetivo exercício jurisdicional é um direito potestativo, sendo que o adversário não pode obstar o exercício desse direito, por ser um direito de poder (Kann Rechte). A ação, segundo Chiovenda, é o poder jurídico de realização da condição necessária para a atuação da vontade da lei, sendo o direito de ação “de caráter privado ou público, segundo a lei, cuja atuação produz, seja de natureza privada ou pública”⁴⁷.

8.8. Teoria abstrata

Para a teoria abstrata, não se pode falar em condições da ação para o vencedor, pois sempre há o direito de ação e, por conseguinte, o direito à uma decisão de mérito.

Essa vertente teórica antecede a teoria concreta, muito embora a sequência evolutiva nos leve a pensar que a teoria abstrata aproxima com maior precisão da utilizada hodiernamente, ou seja, poder-se-ia incorrer no equívoco de achar que, por essa teoria se assemelhar em maior grau a concepção de ação que se consagra no nosso ordenamento, deve, portanto, ter surgido mais recente do que a doutrina concretista.

Dois de seus grandes defensores foram o alemão Heinrich Degenkolb, que escreveu sua base teórica para explicar a ação em 1877 e o húngaro Alexander Plósz, tendo ambos formulado quase que concomitantemente suas concepções.

Segundo Degenkolb, o direito de demandar não se confunde com a procedência do pedido, não sendo em nenhuma hipótese a capacidade de demandar idêntica à pretensão material. Afirmando que “o direito de demandar, em seu sentido público, identifica a relação daquele que procura a proteção jurídica junto ao Estado, detentor da jurisdição e do dever judicial”,⁴⁸ Degenkolb concluiu que o direito de ir ao Judiciário e provocá-lo independe do fato de o sujeito estar ou não amparado pelo direito material. Sobre essa abstração terminológica temos o que afirma Sergio Bermudes:

⁴⁶ Weismann, doutrinador alemão, formulou, coincidentemente, teoria quase idêntica ao que preconizava a teoria chiovendiana.

⁴⁷ MOACYR AMARAL, Santos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 1º Volume. 16ª edição. 1993. pág.146.

⁴⁸ Degenkolb, Einlassungszwang um Unterilsnorm. *Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen, insbesondere Anerkennungsklagen*, pág. 14. Apud MOACYR AMARAL, Santos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 1º Volume. 16ª edição. 1993. pág. 146.

*Pode parecer estranho que, havendo direito, haja abstração, mas existe. Entenda-se, porém, que a abstração a que alude a teoria prevalecente não é da ação como direito à jurisdição, é da ação concebida com abstração de qualquer indagação sobre o direito para cuja proteção ela se serve*⁴⁹.

Não basta, portanto, tão somente distinguir a ação do direito material invocado ao qual aquela se condiciona:

*Não deixa de haver ação quando uma sentença justa nega o direito invocado pelo autor, como também quando a sentença conceda o direito a quem o não tenha realmente. Isso quer dizer que o direito de ação independe da existência efetiva do direito invocado*⁵⁰.

Sendo assim, ficaria aqui caracterizado o sentido abstrato que se consagra na denominação dessa corrente, pois o direito de acionar necessitaria apenas que a referência de um interesse protegido abstratamente pelo direito fosse feita pelo autor, incorrendo o Estado no necessário exercício de sua atividade jurisdicional, proferindo uma sentença perante o demandante, ainda que a sentença venha em sentido contrário ao postulado pelo autor.

Pelo simples fato de serem titulares de direito, os indivíduos adquiririam o direito de acionar, constituindo assim em uma “decorrência da própria personalidade e se configura como aspiração ao direito, direito à realização do direito (...) público subjetivo, preexistente ao processo, desvinculado do direito material invocado”.⁵¹

Em um mesmo sentido, argumenta Plósz ao entender a ação abstratamente (a *klageretch*) como necessitando do requisito da boa-fé do autor, afirmando, contudo, existir o direito de ação processual, de caráter público, e outro relacionado à “efetiva existência do direito material”⁵².

Nas duas teorias, significa para os autores, que esse agir antecede propriamente o exercício do direito, o exercício do direito como sendo a demanda.⁵³

Para Alfredo Rocco, doutrinador italiano defensor da teoria abstrata, que, inclusive, foi um dos propugnadores dessa vertente teórica, não há que se falar nesses

⁴⁹BERMUDES, Sergio. *Introdução ao Processo Civil*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, pág. 37.

⁵⁰MOACYR AMARAL, Santos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 1º Volume. 16ª edição. 1993. pág.146.

⁵¹MOACYR AMARAL, Santos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 1º Volume. 16ª edição. 1993. pág.146.

⁵²MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo. Curso de Processo Civil*. v. 1, 7ª edição; Ed. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais.

⁵³CHIOVENDA, Giuseppe. *L'azione nel sistema dei diritti*. 1903. p. 64, notas 36 e 38. *Apud*. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo. Curso de Processo Civil*. v. 1, 7ª edição; Ed. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais.

elementos subjetivos como fatores condicionantes do direito de ação, assim como não dependeria este direito de uma condicionante necessária à efetivação de um direito subjetivo material, portanto, opiniões, crenças ou boa-fé, exemplos de caracterizadores destes elementos, não incorrerem como delimitadores, bastando sim, para exercer o direito de ação, que o sujeito afirme um interesse primário juridicamente protegido.

Para o autor, os interesses principais “formam o conteúdo dos vários direitos subjetivos pertencentes a determinada pessoa”, já o interesse secundário teria por objeto “uma utilidade secundária, ou um bem especial que serve de meio para alcançar a utilidade principal”.⁵⁴

Para Carnelutti, o que se apresenta pragmaticamente é uma distinção que defere das anteriores na medida que analisa não uma concepção dogmática sobre a ação, e sim a realidade que a ação exerce no processo funcionalmente, se subdividindo a teoria em sua forma elementar entre: as partes, o objeto do interesse, uma pretensão e a resistência a essa pretensão.⁵⁵

Para Carnelutti, a ação seria o direito à obtenção de uma sentença sobre a lide de acordo com a *res deducta*, ou seja, a relação deduzida em juízo.

Por fim, resta ressaltar que a inclusão do autor no rol dos abstrativistas deriva, essencialmente, da concordância com a doutrina majoritária no que se refere ao apregoado pelo autor, no sentido de não condicionar a ação à existência efetiva do direito material invocado ou de pelo menos de não fazê-lo essencialmente.

Segundo Moacyr Amaral Santos, é possível compilar algumas verdades referentes ao que se postulou até agora:

a) Uma destas verdades reside na distinção entre ação e o direito subjetivo material por ela invocado. Desde Bülow e Wach, salvo poucas exceções, essa orientação é dominante, demonstrada a autonomia da ação com os mais diferentes e irrecusáveis argumentos. A Carnelutti basta a ideia de que o processo tem por finalidade a composição da lide e, assim, que o que o impulsiona é a justa composição da lide e não o interesse em lida, para dissipar qualquer dúvida. Prova mais clara não existe, para Wach, do que a resultante da análise das ações meramente declaratórias, em que o pedido não tem por base um direito subjetivo senão o interesse à simples declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica. Chiovenda, que se alimenta em Wach, aduz, além dessa, novas considerações, sendo de salientar-se a consistente na existência de ações sem direito, que a tanto se equivalem as ações julgadas improcedentes.

⁵⁴MOACYR AMARAL, Santos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 1º Volume. 16ª edição. 1993. pág. 147.

⁵⁵MOACYR AMARAL, Santos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 1º Volume. 16ª edição. 1993. pág. 150.

b) Também que a ação não está necessariamente condicionada ao direito subjetivo, ao contrário do que constituía o alicerce da teoria da ação no sentido concreto, os prosseguidores da conceituação de Degenkolb e Plosz, dos mais diversos matizes, se encarregaram de demonstrar. Básico, ainda, é o argumento de que a ação julgada improcedente redundava numa ação, que não deixou de o ser, não condicionada a qualquer direito subjetivo material. À distinção entre interesse primário e o interesse que impulsiona a ação não foi oposta qualquer objeção convincente.

c) A orientação tradicionalista, de conferir a ação contra o adversário, nem mesmo Wach e Bülow a acompanharam, sem embargo de haverem o direito subjetivo por pressuposto necessário da ação. A fim de mantê-la, premido pelos seus pendores pela tradição latina, Chiovenda precisou socorrer-se da teoria dos direitos potestativos, bem engendrada, é verdade, mas que não logrou foros de pacífica na doutrina contemporânea. Além de contrapor-se à própria tradição jurídica de que a todo direito corresponde uma obrigação, direitos potestativos configurariam uma classe de normas que tão-somente (sic) atribuiriam direitos ao seu titular, o que, na severa crítica de Alfredo Rocco, é inconcebível. Ressalta do fenômeno da ação que esta constitui o direito à prestação jurisdicional do Estado, para tutela de um interesse em abstrato, juridicamente protegido, e que por outro modo não poderia sê-lo, uma vez que o Estado reservou para si a função jurisdicional. De conseguinte, o sujeito passivo do direito de ação é o Estado, não o juiz, que é mero delegado do Estado no exercício daquela função⁵⁶.

Com isto, entende-se que se aproxima aqui do que apregoa a ciência do direito quanto ao conceito de ação, acrescentando ainda a ideia feita por Calamandrei, anteriormente observada por Pekelis, de que o fenômeno ainda que complexo, tem suas raízes também nas tendências políticas-filosóficas, estas últimas repercutindo nas relações que por ventura se observem em uma determinada época entre o Estado e os indivíduos que nele se inserem.

Sendo assim, nos parece hialino que, resolvidas algumas questões atinentes ao ideário comum construído pela comunidade científica, ou seja, a busca pela verdade científica, isto não desencadeia uma diminuição de uma parcela significativa da realidade histórica a qual essa mesma teoria será incluída, desde o individualismo, socialismo, passando pelo liberalismo ou até mesmo o autoritarismo.

Finalmente, lembra Mortara que encontra-se em toda e qualquer doutrina uma parcela de verdade, cabendo a cada um de nós como pensadores do direito, como corretamente afirma Couture continuarmos o homérico esforço desses estudiosos na busca pela verdade.

8.9. Teoria Eclética

⁵⁶MOACYR AMARAL, Santos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 1º Volume. 16ª edição. 1993. pág.152.

Maior atenção será dada a essa teoria em virtude da mesma ter sido consagrada expressamente pelo Código Civil de 1973, sendo o Brasil o único país no mundo cujo Código de Processo Civil adotou expressamente e que se fez tão adaptado à teoria de Enrico Tulio Liebman. Esta teoria que foi emprestada ao nosso referido código, sequer na Itália, pátria de Liebman, foi adotada nos moldes em que é verificada no direito brasileiro.

Enrico Tullio Liebman nasceu em Leopoli, Itália, em 4 de janeiro de 1903, aluno proeminente de Chiovenda na Faculdade de Direito da Universidade de Roma entre os anos de 1920 até 1924. Durante cinco anos domiciliou-se no Brasil, chegando em 1940 e após passar uma temporada em Belo Horizonte e Rio de Janeiro, acabou por residir em São Paulo, onde lecionou até sua partida. A vinda de Liebman para o Brasil ocorreu no início da Segunda Guerra, que por ser judeu tinha sua permanência na Itália como algo que poderia desencadear perigo à sua própria vida, permanecendo no país até 1946⁵⁷.

Liebman encontrou ambiente fértil na Faculdade de Direito, com estudantes extremamente capacitados, apenas para citar alguns nomes temos Alfredo Buzaid, Luiz Eulálio Bueno Vidigal, Luiz Machado Guimarães e Eliézer Rosa, fato é que já à época a posteriormente denominada Escola de São Paulo já era um dos mais importantes centros jurídicos do país, onde, tal como hoje e conforme dito, encontrava-se inserida entre uma das maiores provedoras de excelentes juristas para o país.

Sendo assim, com a vinda de Liebman para o Brasil a Escola de São Paulo como linha doutrinária pôde ser iniciada e desenvolver-se, sendo o responsável pelo início do estudo científico do processo no país.

Extremamente preparado, o professor catedrático veio a influenciar todo o ordenamento civil brasileiro, visto que, somente vislumbrando a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973, que teve como seu redator Alfredo Buzaid, aluno formado na Faculdade de Direito de São Paulo, a mais antiga faculdade de direito do país e integrante da Universidade de São Paulo, se tem uma ideia da influência que exerceu o professor.

Buzaid, por sua vez, foi Ministro da Justiça durante o governo Emílio Garrastazu Médici, além de ter exercido o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal indicado pelo presidente João Figueiredo. Posteriormente ficou responsável pela elaboração do

⁵⁷ Artigo: “A Influência de Liebman no Direito Processual Civil Brasileiro”; Alfredo Buzaid. Texto encontrado no endereço digital: file:///D:/USERS/victors/Downloads/66795-88187-1-PB.pdf

Código de Processo Civil de 1973, e tendo frequentado as aulas do ilustre professor não deixou de citá-lo na exposição de motivos do Código. Nessa conjectura, nos proporciona uma visão o cenário exposto acima ao perceber como essa influência se fez presente na memória dos juristas que posteriormente viriam a concatenar o direito brasileiro.

8.9.1. Construção da teoria eclética

A Teoria Eclética delimita-se entre a Teoria Concreta e a Teoria Abstrata, tendo em Liebman, como já exposto, sua construção teórica. Por conseguinte, a teoria prega que a ação como direito de provocar a jurisdição pode não vir a não angariar uma sentença de mérito, isto quando não preenchidas as condições da ação, ou melhor, pode não vir a ser dado ao sujeito que intenta à tutela jurisdicional a prerrogativa de ter do Estado a avaliação de sua demanda através de uma sentença que julgue o mérito da causa, ou seja, essas condições adviriam para tornar possível a análise do mérito, assim, a ação só se consubstanciaria e ocasionaria a jurisdição quando condicionadas a existência de alguns elementos que nem são de mérito nem processuais segunda a doutrina, as chamadas *condições da ação*, possibilidade jurídica do pedido, legitimação para agir e interesse de agir.

Primeiramente, cumpre salientar que a conciliação da teoria abstrata e concreta proposta por pela teoria eclética se intenta em uma forma de ajuste à sua definição de atividade jurisdicional⁵⁸, sendo necessário expor os conceitos liebmanianos para a lide, mérito e jurisdição, cujo professor Ovídio A. Baptista da Silva assim expõe:

*A lide é conceituada por Liebman como o conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios. Não aceita ele, por conseguinte, o conceito carneluttiano, com toda razão afirmando, apoiado em Calamandrei, que, se o conflito de interesses não entrar para o processo tal como verificou-se na vida real, descaberá ao juiz conhecer do que não constitui objeto do pedido*⁵⁹.

Já o conceito de mérito identifica-se com o de lide. Incluem-se no mérito todas as questões que, de qualquer forma, se refiram à controvérsia existente entre as partes e

⁵⁸LIEBMAN, Henrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. vol. 34, Ed. RT, 1996. pág. 129.

⁵⁹LIEBMAN, Henrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. vol. 34, Ed. RT, 1996. pág. 122.

submetida ao conhecimento do juiz, cuja solução pode levar ao julgamento do pedido, quer para acolhê-lo, quer para rejeitá-lo.⁶⁰

Liebman entende a jurisdição como atividade do Poder Judiciário que viabiliza, na prática, a realização da ordem jurídica mediante a aplicação do direito objetivo às relações humanas intersubjetivas. Para ele, essa realidade só é alcançada pela decisão de mérito⁶¹.

No seu significado pleno e verdadeiro, a ação não compete a qualquer pessoa. O seu caráter abstrato não pode ser entendido com a extensão propugnada pela teoria a respeito, segundo Liebman. A ação é abstrata, mas, na medida em que tem por conteúdo o julgamento do pedido, engloba as hipóteses nas quais for o mesmo julgado procedente ou improcedente⁶².

Conforme exposto, a teoria eclética baseia-se nas chamadas condições da ação para se tornar efetiva, além de definir um conceito distinto de lide, mérito e jurisdição. Cabe, então, expor algumas diferenciações na forma como são aplicadas as condições da ação em relação à teoria concreta.

Segundo a teoria concretista essas “condições”, juízos para viabilizar a vitória do autor, servem de critérios pragmáticos para aferir dentro da relação de direito material aqueles que eventualmente deveriam ter do Estado o direito de acionar. Trata-se de uma condição de ordem objetiva, de modo a causar a separação entre as ações que deveriam ser tuteladas pelo Estado e aquelas que desencadeariam apenas mera atividade administrativa, em virtude de apenas ter o direito de ação quem efetivamente tivesse uma sentença a favor de sua demanda.

Já na teoria eclética, o juízo a que se submetem as condições é definida pela barreira limítrofe na perseguição da prestação jurisdicional, já que a análise dos pressupostos processuais deve ser feita primeiramente.

Em contrapartida, na concepção abstrata não há que se falar em condições para ser exercido o direito de ação, pois o sujeito sempre deteria o direito de receber uma sentença de mérito, ou seja, um direito a conversão de sua demanda em uma sentença de mérito sempre acompanha uma eventual demanda do autor. Aqui se abre um parêntese para citar a crítica da teoria eclética quanto essa possibilidade de sempre ter o autor o direito à jurisdição, pois afirmava Liebman que para o intento do autor efetivamente se

⁶⁰ LIEBMAN, Henrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. vol. 34, Ed. RT, 1996. pág.197.

⁶¹ LIEBMAN, Henrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. vol. 34, Ed. RT, 1996. pág.128)

⁶² OVÍDIO BAPTISTA, Da Silva. GOMES, Fabio Luiz. *Teoria Geral do Processo*. 4ª edição. Revista atualizada e com a recente reforma processual. Editora: Revista dos Tribunais. pág.115.

transformar e um direito deve preencher requisitos que se situam entre os pressupostos e o mérito da demanda.

Autores como Degenkolb e Plozs condicionavam a ação à boa-fé do autor. Posteriormente, autores como Couture vieram a destituir essa necessidade, tendo em vista que não há que se falar em sentença com prestação jurisdicional e sentença sem prestação jurisdicional, tão somente em sentenças de mérito que deflagrariam a tutela jurisdicional e aquelas que não conduziriam ao benefício do objeto da demanda à tutela do autor, qual seja a sentença de improcedência, tendo ambas alcançado o exercício da ação.

Para Liebman, as condições da ação são contingências para que fosse analisado o mérito da causa, sem as quais sequer haveria a jurisdição. Ocorre que, apesar do código ter adotado a teoria eclética acabou por ter no ordenamento jurídico a imposição de que nenhuma lesão ou ameaça de lesão será afastada da apreciação do Judiciário, logo a posição adotada pelo nosso ordenamento só pode levar ao consequente corolário de que a jurisdição sempre ocorrerá no intento da ação, não obstante a situação de direito material que ocupe os sujeitos da demanda.

Assim não o sendo, teria que existir um quarto Poder do Estado ao qual estariam vinculadas essas ações que não obtiveram da Jurisdição sua prestação, mas isso inexiste, eis que tornaria o sistema contraditório e pouco harmônico no que se refere à adoção de uma teoria e o que esta apregoa e a forma como efetivamente esta é exercida no próprio ordenamento jurídico.

Há hodiernamente a adoção da teoria eclética pelo Código de Processo Civil e, conseqüente, o empréstimo das condições da ação como delineadores das sentenças de mérito ou não mérito. Isto significa dizer que, apesar da adoção da teoria de Liebman no que se refere às condições da ação, não há dúvida de que houve uma verdadeira modificação para torná-la mais aplicável, principalmente no que se refere ao que apregoa constituir Jurisdição nas esferas das sentenças e juízo hipotético das condições da ação, filtragem ou *joeiramento prévio*, para utilizar do termo que Liebman escolheu.

O conceito de lide, mérito e jurisdição na forma elaborada por Liebman foi adotado apenas em parte pelo nosso Código, conseqüentemente a teoria eclética, após algumas décadas de uso, acabou por se tornar a teoria da asserção no nosso ordenamento, tratando as condições da ação de uma forma diferente como apregoa Liebman.

Vale dizer, inclusive, que as condições da ação surgiram na concepção de Chiovenda, apoiada em Wach, como condições para que se obtivesse um julgamento favorável, aproximando assim a teoria eclética da teoria concreta, conforme se subtrai da obra do próprio Chiovenda, que entende as condições da ação como “as condições necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade concreta de lei invocada pelo autor, vale dizer, as condições necessárias para obter um pronunciamento favorável”.⁶³

Caso não estejam presentes as condições da ação, o processo deve ser extinto por carência de ação, inexistindo com isso sentença protegida pela coisa julgada material, podendo a causa ser demandada quantas vezes mais se queira.

Já à época, inúmeras críticas surgiram, com especial atenção para àquelas feitas pelo emérito jurista e professor José Joaquim Calmon de passos, datada no início de 1960. Articulava o professor à época, na iminência do Código de Processo de 1973, uma eventual postergação da inclusão das condições da ação na que acabara por constituir-se como inserção ao ordenamento processual brasileiro, tendo em vista o movimento doutrinário que se engajava para tal não se encontrava solitário nesse prélio o referido autor.

Também nos dizem muito sobre a parcela que se movimentava contra a inclusão da teoria as salutares críticas de Pontes de Miranda, que sequer as mencionava pelo nome, citando-as sempre como pressupostos processuais e pré-processuais.

Fato é que as críticas se tornaram cada vez mais veementes, jamais cessando. Essas críticas demonstravam vários problemas de ordem prática que a adoção da teoria eclética ensejava (sendo que hoje estas evoluíram para perscrutações tanto de ordem lógica, de escopo processual, como ainda de dimensão teórica, chegando ao ponto, como há de se falar ao seu tempo, de terem sido depostas do ordenamento porvir) até as citadas reprovações quanto à forma como foram recepcionadas as condições da ação pelo Código de Processo de 1973. Leitura indispensável para assimilar tais críticas é a de Ovídio Baptista, em obra aqui citada⁶⁴, que será tratada em tópico próprio.

8.9.2. Teoria Eclética e o Código de Processo Civil de 1973

⁶³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, tradução Paolo Capitanio, volume I, 1ª edição, Campinas: Bookseller, 1998, pág. 89.

⁶⁴ OVÍDIO BAPTISTA, Da Silva. GOMES, GOMES, Fabio Luiz. *Teoria Geral do Processo*. 4ª edição. Revista atualizada e com a recente reforma processual. Editora: Revista dos Tribunais. pág. 116.

A teoria de Liebman, tentando conciliar uma doutrina que segundo ele estuda do ponto de vista do autor (concreta) e outra que o faz segundo o prisma do juiz, se identificando aqui mais com o pressuposto constitucional da ação (abstrata) só faz sentido se consentida da forma como elaborada por Liebman e não conforme, v. g., vem sendo adotada pelo Judiciário, dando muitas vezes ao analisar uma demanda uma sentença de carência de ação, contudo, analisando o mérito, ou seja, em um Direito cuja Jurisdição “jūris dicere, jurisdizer, jurisdição” não conjugue o direito de ação como elemento inerente à própria jurisdição, o exemplo acima ocorre pois as condições da ação, conforme o corolário ínsito à teoria Liebmaniana, afirma que na ausência dessas condições haverá uma decisão de carência de ação, e aqui abre-se uma cisão entre o ordenamentos proposto por Liebman, cuja teoria foi formulada para tal, e o ordenamento adotado pelo Brasil. A verdade é que a teoria de Liebman tenta conciliar o inconciliável, ou seja, fazer um meio termo entre a teoria concretista e abstrata, mas como sistema estanque ainda faz mais sentido do que a forma como a estabeleceu o nosso ordenamento processual, conforme exporemos a seguir.

Liebman afirmava que a Jurisdição estatal propriamente efetiva inexistia na decisão por carência de ação, não haveria o exercício regular da ação e por isso não seria dado ao sujeito a prerrogativa de exercer tal direito o que consequentemente não ocasiona a atividade jurisdicional, pois o que ocorreria aqui na verdade é que não seriam cumpridas as necessárias exigências processuais para que o Estado avaliasse o mérito da causa, em outras palavras, não se pode falar que o Estado exerce seu poder de jurisdicionar no caso de determinadas condições materiais não estejam presentes. Ora, aqui se aproxima bastante a teoria de Liebman da formulada pelos concretistas, chegando ambos, como se pode ver, ao mesmo resultado prático, ou seja, na inexistência do direito material para os concretistas inexistiria o próprio direito de ação, em consequente, na teoria Liebmaniana, na inexistência das condições da ação também se perdia o direito ao provimento estatal quanto a pretensão interposta em juízo. Imaginem os senhores os problemas de um processo onde decorreram anos e foram feitas inúmeras perícias - pois lembremos que para a teoria eclética podem ser feitas quantas análises probatórias se quiser para se verificar se existem as condições da ação, pode-se, inclusive, fazer uma perícia para avaliar se as condições da ação estão presentes - e posteriormente se descobre que o autor não detinha legitimidade para a demanda, deve o juiz dizer que o processo não existiu perante o Estado?

Aqui cabem algumas considerações sobre o exposto acima, pois, ao adotar o nosso ordenamento jurídico a teoria eclética foi em encontro à doutrina mais recentemente desenvolvida à época, contudo, não se pode dizer que adotou assim a teoria mais especializada, pois hodiernamente se entende como uma das características constituintes da ação a sua abstração de acordo com o direito material afirmado e o resultado da própria demanda, a ação como exercício de um direito (ação no sentido constitucional), afirmando ter um direito (ação no sentido material), no intento de uma tutela jurídica (demanda) é *abstrata*, pois sempre se terá exercido tal direito independentemente dessa afirmação ter razão ou não, assim também entende a maioria dos doutrinadores que adotam a teoria de Liebman, apesar de modificá-la para se tornar o Código de Processo Civil de 1973 mais harmônico:

Liebman entenda que a ação constitui direito ao julgamento de mérito, e que, portanto, não depende de uma sentença de procedência, vincula o direito à tutela jurisdicional ao reconhecimento do direito material. Assim, no caso de sentença de improcedência, inexistiria tutela jurisdicional; haveria ação, jurisdição, mas o autor não obteria tutela jurisdicional ⁶⁵.

Atualmente grande parte da doutrina diz que Liebman e a teoria que via o direito de ação como vinculado ao direito material se equivocava ao juntar a tutela jurisdicional ao direito material, afirmação que depreende o raciocínio lógico de que tal coisa só pode existir se o instituto existisse à época. Acontece que tal compreensão deriva de uma nova concepção de direito de ação à qual desvincula o processo do direito material. A corruptela entre tutela jurisdicional conforme se entendia e como é pregada atualmente gera essa distinção teórica.

Ora, o direito de ação por parte do sujeito jamais foi suprimido em ambas teorias, aconteceu apenas uma extensão maior ou menor para institutos como a ação/coisa julgada e prestação jurisdicional/jurisdição/tutela jurisdicional, esses institutos ainda não dotados de consenso vem sendo consolidado principalmente através dos debates científicos, e como em todo debate é necessário nominar as controvérsias para se fazer entender, ocorre que a evolução está na criação das especificidades dos institutos, não propriamente na descoberta, tal qual faria um arqueólogo do direito, se tal coisa existisse.

⁶⁵MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo. Curso de Processo Civil*. v. 1, 7ª edição; Ed. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais. pág. 193.

A teoria denominada teoria assertiva ou da asserção tem invadido os tribunais e tem sido aplicada cada vez mais pelos magistrados, em suma por mitigar alguns dos problemas criados pela adoção pelo nosso código de tal teoria.

8.9.3. Críticas à teoria Eclética

Quando um juiz analisa um processo, ele o faz diante de duas dimensões práticas, o juízo de admissibilidade do processo e o juízo de mérito da causa. Segundo a teoria Liebmaniana existiria uma terceira categoria, seria esta a de condições da ação, causando, inclusive, um terceiro efeito, qual seja o de carência de ação. Ora, se uma decisão não é de mérito ela deve ser, por exclusão, uma decisão de admissibilidade. Entretanto, apregoa a teoria eclética que há entre a decisão que resultou na análise de pressupostos processuais e o efetivo direito de acionar a jurisdição uma divisão artificial e meramente teórica, causando verdadeira confusão no processo sem, no entanto, ter a contraposição de uma necessidade na realidade processual.

Nesse diapasão temos que de um lado os pressupostos processuais desencadeariam uma análise da validade do processo em si, de outro lado as condições da ação desencadeariam uma análise de validade de uma eventual relação válida entre o sujeito demandante e Estado na função jurisdicional.

A teoria de Liebman e essa outra dimensão referente às condições da ação, uma diferença que podemos colocar como sendo ontológica perante os pressupostos processuais, gera, na prática, uma contradição ao bom senso, isto porque faz com que se afira a “presença das condições da ação de forma real e efetiva, e não mediante raciocínio hipotético”, investindo assim o juiz em uma análise de elementos da própria relação processual, ou seja, analisando o mérito da demanda, contudo dando uma sentença que não julga o próprio mérito. Os pressupostos processuais e as condições da ação poderiam ser colocados num mesmo patamar, como, aliás, é feito na quase totalidade da doutrina processual alienígena, ou se teria uma sentença de mérito ou se teria uma sentença segundo a validade do processo.

A teoria de Liebman, finalmente, como corretamente afirma Marinoni “não se limitou a dizer que não há jurisdição no caso de carência de ação, mas também disse

que só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão”⁶⁶. Tal compreensão escapa ao ideário que se atingiu hodiernamente.

Outro problema em relação à teoria seria dizer o que ocorre se temos as condições da ação como o instituto formulador da jurisdição e um juiz extingue uma ação por carência. Ocorreria então mera atividade administrativa? Uma quarta função estatal para explicar tal realidade? Liebman não aborda o tema.

Sobre o tema, Marinoni aborda uma resposta para o que ocorreria. Diz o autor que tal fenômeno seria explicado pela Constituição como fundação dessa mesma jurisdição, ou seja, a jurisdição se valida pela aplicação da Constituição aos casos concretos, contudo, caso tenhamos as condições da ação como geradoras da jurisdição de acordo como prega a teoria Liebmaniana teríamos uma limitação do poder da Carta Maior, servindo esta apenas como garantidora do “ingresso em juízo, já que o prosseguimento da atividade do autor dependeria de outra ação, isto é, daquela cuja existência requer a presença das condições da ação”. Consequentemente, o direito fundamental referente à tutela jurisdicional esvaziaria sua concepção moderna⁶⁷.

Dentre as críticas direcionadas à teoria eclética, temos o que nos diz Ovídio Baptista da Silva sobre os erros, segundo ele, insuperáveis que incorre a teoria:

O primeiro deles consistiu na tentativa de conciliação do inconciliável, ou seja, postar-se em uma posição intermediária entre a doutrina concreta e a abstrata, como que criando uma zona comum entre ambas. A uma eventual tentativa de construção unitária já havia insurgido Pekelis⁶⁸ e, mais recentemente, Walter Baethgen⁶⁹.

O segundo erro foi a redução do campo da atividade jurisdicional. Para aceitar a posição de Liebman, ter-se-ia de criar uma atividade estatal de natureza diversa das três existentes (executiva, legislativa e judiciária), para enquadrar aquela exercida pelo juiz ao decidir sobre as condições da ação. A redução do poder do juiz e a sua transformação em braço mecânico da lei revela o primado do paradigma racionalista e consulta com interesses da classe dominante.

⁶⁶ “Naturalmente, só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente” LIEBMAN, Henrico Tullio. *Manual de Direito Processual*, v.1, 3ª edição. pág. 147.

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 7ª Revista, atualizada e ampliada. Editora Thomson Reuters: Revista dos Tribunais. pág. 192.

⁶⁸ PEKELIS, Alexander Haim. *Apud*. OVÍDIO BAPTISTA, Da Silva. *Jurisdição e execução, na tradição romano-canônica*, 2ª edição, 1997, pág. 169/171.

⁶⁹ OVÍDIO BAPTISTA, Da Silva. *As condições da ação e o novo Código de Processo Civil*. Revista da consultoria Geral do Estado, Porto Alegre, 1974, n. 49, pág. 88.

O terceiro erro, por sua vez, consistiu em confundir ação com pretensão e, por via de consequência, conferir o direito de ação também ao réu⁷⁰.

8.10. Teoria da Asserção ou Teoria Assertiva

A teoria Assertiva surge como uma forma de amenizar o problema criado pela adoção da teoria Eclética pelo ordenamento brasileiro ao pregar que apenas da análise superficial da petição inicial se concluirá estarem presentes ou não as condições da ação.

Isso significa que não haverá elaboração de perícia ou de provas para se conhecerem a existência ou inexistência das condições da ação.

Se da simples verificação dessa petição o juiz chegar à conclusão de que não restam preenchidas as condições da ação, este excluirá o processo por carência de ação, o que quer dizer que na prática somente nos casos onde for patente a carência de ação os magistrados a decretarão.

Grande parte da doutrina hodierna é contrária a essa teoria, como, v.g., a defendida pelo professor Fredie Didier, que afirma que se da simples vista da petição se verificar que existe impossibilidade jurídica do pedido, ilegitimidade ou falta de interesse de agir, não há que se falar em manifesta carência de ação, mas sim em manifesta improcedência de ação, ou nas palavras de Pontes de Miranda uma improcedência “*prima facie*”, ou, como queira Marinoni, uma improcedência macroscópica.

⁷⁰ OVÍDIO BAPTISTA, Da Silva., GOMES, Fabio Luiz. *Teoria Geral do Processo*. 4ª edição. Revista atualizada e com a recente reforma processual. Editora: Revista dos Tribunais. pág. 118/119.

9. CONDIÇÕES DA AÇÃO

Cabe inicialmente uma breve diferenciação entre as condições da ação e os pressupostos processuais. Basicamente, faz-se a análise dos pressupostos anteriormente à análise da existência das condições necessárias a uma sentença de mérito, ou seja, as condições da ação.

A ação teria para Liebman o poder de invocar a atividade jurisdicional, no entanto sem ainda verdadeiramente efetivar-se em jurisdição. As condições da ação teriam o efeito de impedir determinadas demandas de investir o sujeito que demanda do direito de acionar. Haverá nesses casos, onde restam ausentes as condições da ação, um joiramento prévio, conforme termo empregado por Liebman.

O processo se revela como uma relação jurídica processual, que necessita da existência de determinados requisitos para se configurar válida. São, portanto, os pressupostos necessários à regularidade e existência da relação processual, ou seja, requisitos de um processo válido. Esse é o primeiro obstáculo que o juiz enfrentará para decidir pela validade ou invalidade do processo.

Ao verificar a regularidade descrita e afirmar a validade processual, passará o juiz à análise das condições da ação, essas se configurando como aqueles requisitos que preliminares para que se adentre ao mérito da causa em análise⁷¹.

São três as condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade e o interesse de agir.

No que se refere à base principiológica, se baseiam as condições da ação nos princípios da economia processual, inadmissibilidade das demandas inviáveis e do saneamento do processo.

Sobre sua fundamentação normativa, as condições da ação estão previstas expressamente no Código de Processo de 1973⁷² em seu artigo 3º, constando tão somente o interesse e a legitimidade inicialmente, e posteriormente explicitando o Código a possibilidade jurídica do pedido como causa de extinção do processo sem resolução de mérito em seu artigo 267º, conforme se constata no texto frio da norma abaixo:

⁷¹ MOACYR AMARAL, Santos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 1º Volume. 16ª edição. 1993. pág.165.

⁷² BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm.

Art. 3º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

Há ainda a previsão do instituto no artigo 295, no que se refere ao indeferimento da petição inicial:

Art. 295. A petição inicial será indeferida quando:

(...)

II- Quando a parte for manifestamente ilegítima

III- Quando o autor carecer de interesse processual

Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando:

I- lhe faltar pedido ou causa de pedir;

II- da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;

III- o pedido for juridicamente impossível;

IV- contiver pedidos incompatíveis entre si;

Passa-se à análise de cada uma das condições da ação separadamente para um desenvolvimento mais apurado do tema.

9.1. Possibilidade jurídica do pedido

No que se refere à possibilidade jurídica do pedido, tem-se uma celeuma que remete ao ano de 1973, mesmo ano do referido Código. A questão apresenta-se da seguinte forma.

Liebman afirmou, em sua proeminente teoria, a existência de três condições da ação. No que concerne à possibilidade jurídica do pedido, ele dava como exemplo o pedido de divórcio na Itália, pedido esse vedado pelo ordenamento alienígena à época. Acontece que, antes da edição de 1973 do seu livro, o pedido de divórcio se tornou possível no ordenamento italiano, acarretando, com isso, a supressão do instituto por Liebman, que afirmara no ano de 1972, a partir da 3ª edição de seu Manual, serem três as condições da ação, já no ano subsequente serem apenas duas.

Liebman alterou sua teoria, suprimindo, portanto, a possibilidade jurídica do pedido por constar sem exemplo para mantê-la. Suprimindo o instituto da possibilidade jurídica do pedido como um instituto autônomo, ele não o excluiu, entretanto, da sua teoria, pois apenas o anexou ao interesse de agir por entender que este já não necessitava se enquadrar em um instituto independente.

Acontece que nessa época os meios de comunicações não eram tão evoluídos tecnologicamente como hodiernamente, assim, como inexistiu aviso por parte de Liebman ou apreciação da mudança pelos que compunham o processo que culminou na elaboração do então Código de 1973 em desenvolvimento incorreu em erro, pois veio defasado, muito embora tenha feito uma verdadeira homenagem à Liebman.

Para juristas como Carreira Alvim, esse instituto acabou por ocupar uma posição delicada no nosso ordenamento jurídico, já que nos casos onde a regra exata para justificar a impossibilidade jurídica do pedido, possibilidade esta como sendo a vedação expressa por parte do legislador para determinada pretensão da parte.

Apoia-se o eminente jurista para justificar do instituto da possibilidade jurídica do pedido como um instituto problemático na ideia de que em nosso ordenamento destituiu-se, conforme inserido no artigo 126 do Código de Processo Civil, e ainda, através da analogia os costumes e princípios gerais do direito, o dever do juiz de preencher as lacunas ou a falta de lei. Postula o doutrinador que a possibilidade derivaria advém da inexistência de vedação por parte do ordenamento jurídico:

*Se a ordem jurídica não vedar de forma expressa a pretensão material, haverá possibilidade jurídica do pedido, ainda que, para aferi-la e julgá-la, tenha o juiz de se socorrer de regras de integração do ordenamento jurídico; mas, se vedar, não haverá possibilidade jurídica do pedido*⁷³.

Na existência de vedação expressa de uma pretensão, ou seja, impossibilidade de conjuração do instituto entende o jurista ser causa de falta de interesse de agir, não de possibilidade jurídica do pedido.

Critica ainda a falta de explicação, pela doutrina de Liebman, do que ocorre quando do julgamento que ocasiona a carência de ação, pela então inexistência de uma das condições da ação, adotando, para compor a questão os ensinamentos de Wach, tendo existido o “exercício de *mera faculdade jurídica*”⁷⁴.

O processo civil moderno ocorre apenas no século XX, com sua autônoma atuação em relação “às provas tarifadas, ou seja, do sistema de provas pré-valoradas pelo direito positivo”⁷⁵.

⁷³ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria Geral do Processo*. 16ª edição Revisa e Atualizada, Editora Forense, pág. 121.

⁷⁴ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria Geral do Processo*. 16ª edição Revisa e Atualizada, Editora Forense, pág. 121.

⁷⁵ HUMBERTO THEODORO, Júnior. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume I; 52ª edição; Editora Forense, pág. 11.

Precipuamente, cabe ressaltar que a possibilidade jurídica do pedido foi criada por Liebman, baseada na “existência do direito” de Chiovenda. Este a consagrava como uma condição da ação para que o autor ganhasse uma causa, ou seja, requisito intrínseco à vitória do autor, constituindo, dessa forma, a teoria chioveniana uma concepção diversa da de Liebman, apesar da proximidade na conceituação dos institutos, pois a teoria da ação formulada por Chiovenda se vincula a chamada teoria concreta da ação, já a de Liebman se afirma em um meio termo existente entre a teoria abstrata e a concreta, assimilando conceitos de ambas.

Liebman configurou sua teoria em uma tentativa de estabelecê-la em uma circunspecção entre a teoria abstrativista e concretista conforme já afirmado, ocorrendo que, pragmaticamente, na acepção adotada da condição da ação possibilidade jurídica do pedido na forma como foi acolhida pelo nosso ordenamento jurídico, há uma tentativa de desconexão do mérito. Talvez por isso, a nomenclatura “possibilidade” tenha sido a escolhida, ou seja, distingui-se já na forma de se denominar o instituto o que ele é de algo que por ventura será seu resultado *a posteriori*, se encaixando em um campo do poder ser, diferente do que será efetivamente analisado como mérito no decorrer do processo.

Prudente é ressaltar a opinião de alguns doutrinadores sobre a aparente falta de certeza adotada pelo nosso legislador sobre as condições da ação e a consequente forma como ela foi trabalhada no Código de Processo Civil.

Para validar tal acepção, deve-se analisar o artigo 3º do Código de Processo Civil de 1973: “Para propor ou contestar a ação é necessário ter interesse e legitimidade”. Ocorre que, de acordo com o Código de Processo Civil, nos deparamos com a seguinte referência sobre as condições da ação e sua aplicação legal que o Código de Processo Civil trazida no artigo 267, inciso VI, que versando sobre a extinção do processo sem sua análise meritória na verificação da ausência das seguintes condições da ação “possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual, tem o que se segue quando o legislador se refere ao instituto da inépcia da petição inicial, citando como causas para sua ocorrência quando, “da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão” e “quando o pedido for juridicamente impossível”.⁷⁶

⁷⁶ Art. 295. A petição inicial será indeferida:

(...)

No que se refere à nomenclatura utilizada pelo nosso legislador sobre a “impossibilidade jurídica”, temos a seguinte crítica:

Perceba-se que o CPC a tratou, a possibilidade jurídica do pedido, por uma espécie de apelido, porquanto se esqueceu de complementar a locução com o ‘do pedido’. Muito embora a expressão ‘possibilidade jurídica’ não soe muito bem, em razão da ínsita transitividade que encerra, a doutrina, de forma unânime, não atentou para a omissão. Obviamente, não há prejuízo: todos sabem o que o legislador, fiel a suas convicções, queria dizer. É de lastimar-se, entretanto, o fato de ter o nosso Código de Processo estatuído uma condição da ação, sem ao menos o fazer da forma completa, criando um instituto verdadeiramente sui generis⁷⁷.

Tem divergido acintosamente a doutrina sobre o instituto da possibilidade jurídica do pedido. A dissensão se estende desde sua conceituação mais basilar, como sendo apenas “a previsão, *in abstracto*, no ordenamento jurídico, da pretensão formulada pela parte”, ao qual tal conceituação encontra maiores adeptos na doutrina, até o cume de uma negação completa do instituto.

Incluídos nessa última seara doutrinária, encontram-se os eminentes autores Luiz Guilherme Marinoni, Calmon de Passos e Fredie Didier Jr, dentre outros, por entenderem que este instituto sempre se confundiria com o mérito da causa, ocasionando uma decisão que teria sempre de averiguar o mérito para resolver o que pretende, colapsando assim com o propósito inerente ao instituto, que é uma decisão anterior ao mérito⁷⁸.

II- da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;

III- III - o pedido for juridicamente impossível;

⁷⁷DIDIER, Fredie Jr. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*, Volume Único; Editora Saraiva. pág. 223.

⁷⁸Sobre o tema segue a importante compilação das características sobre o instituto elaborada por Fredie Didier Jr. encabeçada pela obra de Eduardo Ribeiro de Oliveira sobre a referida condição da ação: “Eduardo Ribeiro de Oliveira possui interessante posicionamento sobre o tema. Segue a síntese das suas conclusões: a) critica com razão a conceituação da possibilidade jurídica do pedido elaborada pela doutrina nacional, pois caso de exame de mérito, o que colidiria com o ordenamento; b) desenvolve todo o estudo no sentido de adequar tanto quanto possível a possibilidade jurídica do pedido a uma análise puramente processual, de acordo com o que o código afirma; c) que a impossibilidade jurídica do pedido, da forma como vem sendo analisada, levaria à improcedência, e não à carência de ação, devendo o art. 267, I, do CPC, ‘*ser interpretado com temperamentos*’ (grifo do autor); d) só existirá impossibilidade jurídica do pedido quando ao juiz fosse vedado pronunciar-se sobre aquela matéria; quando não possa haver processo com aquela pretensão, e não quando a pretensão for de logo repelida por manifestamente desamparada; e) cita como exemplo de impossibilidade a proibição de exame judicial dos atos administrativos praticados com fundamento nos atos institucionais e complementares (art. 3º da EC n. 1, CF/67); f) por fim, considera-se que, em nossa ordem constitucional, que consagra o princípio do acesso irrestrito à justiça, a casuística de exemplos que justificassem a utilização do instituto seria pobre”. OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido*. RePro. São

No caminho diverso encontramos, exemplificativamente, Egas Dirceu Moniz de Aragão, ao desvincular a possibilidade jurídica do pedido de uma conceituação com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, e sim aproximando o instituto de uma conceituação onde a inexistência no próprio ordenamento jurídico de uma determinada previsão seja o ponto norteador da viabilidade do instituto, ou seja, na inexistência de regra a possibilidade jurídica, como pré-requisito à análise do mérito, estaria preenchida:

*A possibilidade jurídica, portanto, não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vista à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável*⁷⁹.

Segundo Fredie Didier:

*Eduardo Ribeiro de Oliveira complementa o pensamento do professor paranaense, para abarcar, também, as hipóteses em que o ordenamento não permite o pedido expressamente, como nos casos de permissão numerus clausus, quando haveria tanta proibição quanto o veto explícito*⁸⁰.

Também entende Moacyr Amaral Santos esse vínculo necessário entre o pedido que o autor direciona através da ação na tentativa de obter a providência jurisdicional à existência de uma tutela pelo direito objetivo que será feita, na análise dessa condição da ação, em abstrato, ou seja, a pretensão tutelada pelo autor deverá estar inclusa, em abstrato, pelo direito objetivo⁸¹.

Na interpretação de Fredie Didier sobre a forma como Cândido Dinamarco adota sua construção teórica sobre o instituto da possibilidade jurídica do pedido e sua aplicação, tem-se que “a impossibilidade jurídica deve estender-se para os casos em que, embora previsto o pedido no direito positivo, haja ilicitude na causa de pedir ou nas próprias partes”. Nas palavras do próprio Dinamarco, tem-se o que se segue:

Paulo: RT, 1987, n. 46. Pág. 39/47. *Apud.* DIDIER, Fredie Jr. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*, Volume Único; Editora Saraiva. pág. 223.

⁷⁹ Ápode Fredie Didier Jr., pág. 223 – *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*, Volume Único; Editora Saraiva. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v.2, p. 393.

⁸⁰ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. “Condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido”. *RePro*. São Paulo: RT, 1987, n. 46. Pág. 41.

⁸¹ MOACYR AMARAL, Santos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 1º Volume. 16ª edição. 1993. P. 166.

O petitum é juridicamente impossível quando se choca com preceitos de direito material, de modo que jamais poderá ser atendido, independentemente dos fatos e das circunstâncias do caso concreto (pedir o desligamento de um Estado da Federação). A causa petendi gera a impossibilidade da demanda quando a ordem jurídica nega que os fatos como alegados pelo autor possam gerar direitos (pedir condenação com fundamento em dívida de jogo). As partes podem ser causa de impossibilidade jurídica, como no caso da Administração pública, em relação à qual a Constituição e a lei negam a possibilidade de execução mediante penhora e expropriação pelo juiz. (...) Daí a insuficiência da locução impossibilidade jurídica do pedido, que se fixa exclusivamente na exclusão da tutela jurisdicional em virtude da peculiaridade de um dos elementos da demanda – o petitum – sem considerar os outros dois (partes e causa de pedir)”⁸².

Em verdade, as críticas direcionadas pela doutrina à condição da ação como um todo são demasiadas, especificamente sobre a possibilidade jurídica do pedido temos que elas se acentuam ainda mais.

No que concerne às consequências geradas pela decisão de carência de ação, baseada na impossibilidade do pedido, em um sentido de compará-las àquelas que eventualmente surgiriam de uma sentença que julga o mérito e constata sua improcedência, têm-se distinções elementares. Contudo, como o instituto se viabiliza em um sentido de decisão que nada tem a ver com o mérito da causa, mas acaba por sempre analisá-lo nos casos *in concreto* o resultado é que se torna “impossível separar a possibilidade jurídica do pedido do mérito da causa”.

Pontes de Miranda configurou como uma “improcedência macroscópica”, quando da verificação da impossibilidade jurídica do pedido, ao invés de uma decisão que permita que se adentre com a mesma demanda mesmo se verificando, *prima facie*, essa improcedência.

Para Fredie Didier Jr., não há que se falar em distinções referentes à sentença de um ou outro caso no que se refere às decisões de possibilidade jurídica do pedido:

As decisões que confirmarem a repugnância ou afeição serão consequências de ‘relações processuais substancialmente idênticas, expressivas do exercício do direito de ação do sujeito e de atividade jurisdicional do órgão, em tudo semelhantes’. Aplica-se o direito material – a relação jurídica está sendo composta. Adentra-se o mérito; injustificável que não se produza coisa julgada material”⁸³.

⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros Ed. 2001, v. 2. pág. 298/299.

⁸³ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido*. RePro. São Paulo: RT, 1987, n. 46. Pág. 226.

Concernente ao problema descrito e uma eventual solução, temos a Lei 11.277/06⁸⁴, cuja consequência prática foi a consagração legislativa de que a formulação de pedido juridicamente impossível leva à decisão liminar de improcedência, ao propor o acréscimo do art. 285-A ao CPC:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

Coloca, assim, Fredie Didier Jr., no mesmo ramo de equívoco já pacificado, que embora haja previsão de extinção sem julgamento do mérito (art. 267, I, do CPC) por indeferimento da petição inicial em razão da decadência/prescrição, o caso é de extinção com julgamento de mérito (art. 269, IV, c/c o art. 295, IV, do CPC)⁸⁵.

Após grande tendência pela desconsideração da possibilidade jurídica do pedido como condição da ação⁸⁶, inclusive, o Novo Código de Processo Civil de 2015⁸⁷ a excluiu como instituto próprio, procedimento já adotado por Liebman na década de 70.

9.2. Legitimidade *ad causam*

Considera-se a legitimidade *ad causam* o vínculo necessário entre aqueles que por ventura configurar-se-ão como sujeitos representativos em uma determinada demanda e uma situação jurídica afirmada. Essa ligação deve ser entendida como um requisito cuja ausência gera a impossibilidade de que uma determinada pretensão jurídica gere seus efeitos no processo a qual estará submetida.

Para o Direito, não se pode admitir que se leve a cabo todo e qualquer objeto ao poder Judiciário, independentemente de requisitos necessários ao estabelecimento de limites ao poder de acionar, tal como ocorre na delimitação de qualquer outro direito. Afinal, o exercício de um direito depende sempre de requisitos formais que o sucedem.

⁸⁴ BRASIL, Lei 11.277, de 7 de fevereiro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11277.htm

⁸⁵ DIDIER, Fredie Jr.. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*, Volume Único; Editora Saraiva. Pág. 223/227.

⁸⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. Ed. São Paulo: RT, 1998, pág. 42.

⁸⁷ BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm

Sendo assim, resguardado a todas as pessoas está o exercício do direito de ação em seu viés constitucional. O direito de movimentar a jurisdição estatal está condicionado à presença das condições da ação, que verificando-se como verdadeiros limitadores do exercício desse direito de ação se anteveem ao pronunciamento de mérito das demandas. Na sua presença adentrar-se-á no mérito da causa, na sua ausência o juiz não o analisará tendo em vista a ausência de requisito formal para tanto.

No que concerne especificamente à legitimidade, está é uma “condição da ação que se precisa investigar no elemento subjetivo da demanda: os sujeitos”,⁸⁸ ou, como se queira, é a “pertinência subjetiva da ação”⁸⁹.

Dessa forma, para que se tenha a posição exata e que detenha capacidade de movimentar efetivamente a própria jurisdição no sentido de ultrapassar essa barreira que condiciona à análise do mérito, se estabeleceu a existência de alguns requisitos, ou seja, os sujeitos contidos no processo devem ser aqueles que além de pretender a tutela jurídica peremptória do objeto litigioso, contemplem, de acordo com o ordenamento jurídico, possibilidade para tal investida.

Assim, por exemplo, só pode um autor almejar o cumprimento de um contrato se figurarem como partes do processo ambos os sujeitos do negócio jurídico, até porque surgiria uma situação absurda e que jamais poderia ser abarcada por um ordenamento jurídico compromissado com a lógica processual se, na suposição de uma celebração de contrato sinalagmático, inexistisse a inerente e necessária condição de prévio acordo entre as partes, assim restando ao poder investido aos juízes nestes casos nada mais do que confirmar o encerramento processual por falta de legitimidade.

Fredie Didier Jr. assim configura as características da legitimidade *ad causam*:

Trata-se de uma situação jurídica regulada pela lei ('situação jurídica legitimante' ⁹⁰; 'esquemas abstratos'; 'modelo ideal', nas expressões normalmente usadas pela doutrina), em que se atribui o poder jurídico de conduzir determinado processo ⁹¹; b) é qualidade jurídica que se refere a

⁸⁸DIDIER, Fredie Jr.. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*, Volume Único; Editora Saraiva. Pág. 228.

⁸⁹BUZAID, Alfredo. *Agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1956, pág. 89.

⁹⁰*Apud* Fredie Didier Jr., pág. 223 – *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*, Volume Único; Editora Saraiva. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. Ed. Milano: CEDAM, 1996, p. 306.

⁹¹“Conceituando a legitimação *ad causam* ativa, Humberto Manes também identifica essa circunstância: ‘parcela de poder jurídico (ou a quantidade de poder jurídico) atribuída a alguém para provocar o exercício da função jurisdicional, tendo em vista sua particular posição diante da relação material posta

ambas as partes do processo (autor e réu)⁹²; c) afere-se diante do objeto litigioso, a relação jurídica substancial deduzida⁹³ - ‘toda legitimidade baseia-se em regras de direito material’⁹⁴, embora se examine à luz da situação afirmada no instrumento da demanda⁹⁵; trata-se de uma condição ‘transitiva, relacional’, pois ‘acha-se ligada a uma determinada situação e afere-se em face de dadas pessoas’”⁹⁶.

Figura peculiar é aquela apresentada quando o réu “excepciona” (uma das espécies de defesa cabíveis ao réu em sua resposta ao autor de uma demanda), pois se compararmos com a própria legitimidade para agir nada ocorre neste caso senão uma equivalência na necessidade de ambos os movimentos do réu necessitarem de que se configure a legitimidade para que suas ações estejam investidas de licitude.

Tal entendimento é encontrado no dispositivo 281 do Código Civil⁹⁷: “O Devedor demandado pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais e as comuns a todos; não lhe aproveitando as exceções pessoais a outro co-devedor”.

A relação jurídico-processual pode ser vista como um ato bilateral, que significa dizer que ambos os sujeitos (autor e réu) estão vinculados ao concernente daquela situação jurídica concretamente deduzida⁹⁸, o que não impede, na lição de Donaldo Armelim, que seja vislumbrada uma situação em que se configure uma legitimidade para o réu alheia a essa “relação jurídica substancial”, ou seja, “sempre que o réu argui objeções processuais extrínsecas ao processo na qual ele se insere, ou exceções

em juízo” DIDIER, Fredie Jr.. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*, Volume Único; Editora Saraiva. Pág. 223. *Apud.* MANES, Humberto de Mendonça. *A legitimação negocial*. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1982.

⁹² “A parte ilegítima é tão parte quanto a legítima. A legitimidade é qualidade jurídica que não constitui a figura de parte, ‘mas a ungue de juridicidade processual, tornando-a parte legítima para a decisão final’ Tanto é assim que o réu, que é parte, tem legitimidade para alegar a sua própria ilegitimidade”.

ARMELIM, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979. Pág.

⁹³ “Leo Rosenberg chega a dizer que a legitimidade *ad causam* não é outra coisa senão o aspecto subjetivo da relação jurídica controvertida, por isso prefere a locução ‘direito de conduzir o processo’”. ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho processual civil*. Buenos Aires: EJE. 1955, t. 1 e 2. *Apud.* DIDIER, Fredie Jr.. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*, Volume Único; Editora Saraiva. Pág.

⁹⁴ ASSIS, Araken de. “Substituição processual”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 09, p. 10.

⁹⁵ ARMELIM, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, pág. 94/100; BEDAQUE, José Roberto dos Santos: s/Ed. Out./dez. 1991, n. 53, pág. 57/59; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de segurança coletivo: legitimação ativa*. São Paulo: Saraiva, 2000.

⁹⁶ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de segurança coletivo: legitimação ativa*. São Paulo: Saraiva, 2000.

⁹⁷ BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

⁹⁸ DIDIER, Fredie Jr.. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*, Volume Único; Editora Saraiva. Pág. 231.

substanciais, é de se exigir uma legitimidade específica para tanto”⁹⁹. Os atos para serem válidos devem ser legitimados, a legitimação é o ato de atribuir legitimidade, a legitimidade afeta atos e pessoas, ou seja, o processo por completo.

9.3. Legitimidade e sua classificação

Cabe, inicialmente, distinguir legitimação de legitimidade, porquanto, institutos distintos apesar de correlatos.

Por legitimação se entende a atribuição da própria legitimidade, como se queira “a atribuição deste poder jurídico de conduzir determinado processo”.

Já por legitimidade podemos dizer que será aquele vínculo empregado entre sujeitos e um objeto¹⁰⁰ na formação de um processo, de tal forma que legitimidade será a situação jurídica particularmente construída desse sujeito, diante desse mesmo processo¹⁰¹.

Caso seja analisado o objeto litigioso como referência para uma cisão do instituto legitimidade, tem-se o que ocorre doutrinariamente na conceituação de legitimidade ordinária e extraordinária, cabe aqui dizer que esta é a divisão principal que encontraremos sobre a norma.

Existirá legitimidade ordinária quando o sujeito que estará configurado no processo como parte, e com isso presume-se que tenta angariar para si a tutela jurisdicional (mesmo que essa tutela seja a declaração de inexistência do dever de prestar o que almejou o autor da demanda) se confunde com o verdadeiro titular desse mesmo direito, ou seja, “o autor age em nome próprio na defesa de interesse próprio”.

Natural e correto supor que essa deva ser a regra dentro do ordenamento, pois não se pode permitir que se torne banal que indivíduos extrínsecos à bilateralidade existente entre o autor e réu, no sentido de ambos terem de ser correlatos entre a “situação legitimante e as situações jurídicas submetidas ao magistrado”, ocorra nas relações processuais deduzidas em juízo, sob pena de ocasionar insegurança jurídica. Assim entende Araken de Assis ao afirmar que “a regra da legitimidade somente

⁹⁹ARMELIM, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo. RT, 1979.

¹⁰⁰Toda relação jurídica é formada pelos sujeitos ativo e passivo, o vínculo e o objeto da relação.

¹⁰¹DIDIER, Fredie Jr.. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*, Volume Único; Editora Saraiva. Pág. 231.

poderia residir na correspondência dos figurantes do processo com os sujeitos da lide”¹⁰².

Podemos encontrar certa divergência doutrinária referente à denominação da legitimação extraordinária, no sentido de ser ela denominada também como legitimação anômala ou substituição processual.

Não importando a denominação utilizada, tem-se que um sujeito no âmbito de uma “situação jurídica concretamente deduzida” se destina à defesa de um direito que não lhe pertence, pelo menos não exclusivamente a este, agindo, portanto, esse sujeito (geralmente um ente público autorizado pela lei) “em nome próprio na defesa de interesse alheio”.

Ocorre necessariamente nesses casos uma necessária autorização legal (alguns enxergam essa autorização legal como uma necessidade não estritamente em reservada aos textos normativos, a letra fria da lei, e sim como autorização do ordenamento jurídico de forma ampla), ou seja, a lei (em sentido amplo) deve autorizar tal procedimento, é o caso do Ministério Público quando impetra um Mandado de Segurança na defesa do interesse da coletividade, ou ainda dos condôminos na ação reivindicatória contida no art. 1.314 do Código Civil¹⁰³.

Seguindo em frente quanto à divisão conceitual da legitimação, temos a que a define em legitimação concorrente e exclusiva.

A concorrente também chamada de co-legitimação é aquela que agrega no pólo ativo a possibilidade de mais de um sujeito discutir em juízo determinada situação jurídica.

A legitimação concorrente é a que valida o ingresso de dois ou mais sujeitos na tentativa de tutela jurisdicional, ou seja, na mesma relação jurídica material. É o caso do litisconsorte unitário, onde mais de um sujeito podem ingressar com uma demanda e ocasionar um processo que é legitimado por essa concorrência inerente a representação judicial desse mesmo direito discutido em juízo, onde “para que duas ou mais pessoas estejam em juízo, no mesmo pólo do processo, discutindo a mesma relação jurídica

¹⁰² ASSIS, Araken de. *Substituição processual*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003. Pág. 09.

¹⁰³ Art. 1.314. Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la.

Parágrafo único. Nenhum dos condôminos pode alterar a destinação da coisa comum, nem dar posse, uso ou gozo dela a estranhos, sem o consenso dos outros.

material (litisconsórcio unitário), é preciso que ambas tenham legitimidade, ou seja, é preciso que sejam co-legitimadas”¹⁰⁴.

É possível que tanto legitimados ordinários, um legitimado ordinário e um extraordinário ou ainda um dois legitimados extraordinários possam configurar como legitimados concorrentes, ou no exemplo explicitado como litisconsortes unitários.

Na esfera contrária, há a legitimação exclusiva, como era de se esperar é aquela onde a representação em juízo somente pode ser validada, em sua busca pela tutela jurisdicional, por um determinado sujeito detentor desse poder jurídico, sendo assim, só será validado o contraditório com a sua presença no processo.

Ainda sobre a divisão da legitimação, tem-se aquela que se configura como *isolada* ou *simples* e a *conjunta* ou *complexa*.

A isolada ou simples pode ser encontrada naqueles casos onde é possível que o legitimado se encontre no processo de forma solitária, podendo agir sem necessidade de que outros partícipes venham a obstaculizar o contraditório que se formará com a citação do réu.

Já na conjunta ou complexa, haverá necessidade de verificação de determinados sujeitos na configuração desse processo para que exista a legitimação em sua excelência, é a chamada necessidade do litisconsórcio ou litisconsórcio necessário¹⁰⁵.

A legitimação ainda pode ser classificada em *ordinária* e *derivada*.

A originária se refere às partes quando na sua configuração inicial no processo, ou seja, a relação processual não sofreu alteração em sua originalidade.

Na derivada, por ventura da ocorrência de fatos no movimento natural inerente ao processo que desencadearam uma configuração posterior àquela quando do início da relação processual, há por ocasião outra composição das partes referente ao dado processo, ocorreu uma “sucessão de titularidade do direito alegado no pedido”¹⁰⁶.

Finalmente temos a *legitimidade total* e a *legitimidade parcial*, que se submetem ao acaso da avaliação de um ato inserido no processo ser passivo de uma legitimidade específica para a efetuação lícita desse mesmo ato ou uma ocorrência natural dos atos em sua órbita processual.

¹⁰⁴ DIDIER, Fredie Jr.. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*, Volume Único; Editora Saraiva. Pág. 233.

¹⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 312. “... a legitimidade ordinária de cada co-legitimado está chumbada à dos demais, de modo a só se completar com o concurso de todos os legitimados ...”. No mesmo sentido, ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: RT. pág. 119.

¹⁰⁶ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: RT. pág. 120.

A legitimidade total é aquela estendida para configuração de atos ilimitadamente dentro do processo, uma generalidade, portanto.

Já na legitimidade parcial ocorre que inserido em um determinado processo haverá determinados atos que incidem sobre um contexto específico para produção desse mesmo ato, não haverá liberdade para o legitimado praticar todo e qualquer ato diante desse mesmo processo. Haverá ainda a necessidade de que essa qualidade de ser parte que tenha sido configurado diante desse sujeito sofra uma reavaliação em virtude das particularidades desse mesmo ato em particular que deseja praticar, ou seja, os requisitos compatíveis à produção do ato que se queira, *verbi gratia*, a legitimação passiva do “juiz/perito/promotor para a exceção de suspeição/impedimento”¹⁰⁷ torna necessário tal procedimento mais apurado.

Importante frisar a diferenciação contida na possibilidade do réu excepcionar como sendo uma das possíveis respostas que um determinado réu utiliza, dentre um universo possível, e uma ação em sua magnitude, ainda que eventualmente exista certa semelhança dessa defesa indireta, com uma ação propriamente dita, chegando a se afirmar que a exceção configura um direito análogo e correlato à ação, igualando em parte significativa, portanto, os institutos.

Da afirmação de necessidade de uma específica legitimação passiva no sentido de excepcionar validamente em determinados casos, decorre a alusão a uma consequente ilegitimidade do réu para produção desse mesmo ato, gerando, dessa forma, uma decisão no que tange à verificação de carência de ação do excipiente por ilegitimidade para produção parcial desse mesmo ato dentro desse hipotético um processo.

Eis o caso: A demanda em face de B, B excepciona e o juiz, por ventura, verifica a ilegitimidade de B para excepcionar e declara o excipiente ilegítimo, excluindo a exceção por carência de ação.

Para Cândido Rangel Dinamarco, não há que se falar em carência de ação para o réu em nenhuma hipótese, pois esse é um instituto que se adere somente ao autor, nas palavras do eminente autor temos o que se segue: “o réu jamais *carece de ação*, pela simples razão de que esse é um direito que o *autor* precisa ostentar para que tenha o

¹⁰⁷ ECHANDÍA, Devis. *Teoría general Del proceso*. 3. Ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, s/a, pág. 262. Sobre a definição das relações incidentais de um processo no contexto da legitimidade parcial ensina que são: “ciertos trámites y fines determinados que no se relacionan com la decisión sobre La litis”. *Apud*. DIDIER, Fredie Jr.. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*, Volume Único; Editora Saraiva. Pág. 233.

direito ao processo e ao provimento jurisdicional. A falta de legitimidade passiva constitui fundamento que o réu poderá utilizar na defesa (art. 301, inc. X)”¹⁰⁸

Sobre a natureza da *exceção* temos uma discordância doutrinária, sendo dividida principalmente entre os que defendem sua natureza constitutiva e os que a defendem como sendo declaratória.

Neste último sentido, se posiciona e assevera Humberto Theodoro Jr. inspirado em Pontes de Miranda:

*Embora seja contradireito, não se destina a eliminar o direito daquele que agiu primeiro. O acionado apenas lhe contrapõe outro direito, para tão somente ‘encobrir-lhe’ a eficácia. Com a exceção busca-se a declaração a respeito de tal direito. Nada mais*¹⁰⁹.

Para Pontes de Miranda: “a exceção, em direito material, contrapõe-se à eficácia do direito, da pretensão, ou da ação, ou de outra exceção. O excipiente exerce pretensão à tutela jurídica, como o que diz ter direito, pretensão e ação: ele o diz; por isso, excepciona”¹¹⁰.

Ainda sobre a natureza da exceção no viés de sua legitimação arremata Humberto Theodoro Jr.: “Ao contrário de negar o direito em vias de exercício, a exceção supõe esse direito, mas supõe também um outro que toca ao excipiente. A propositura de uma exceção, por isso, assemelha-se com o exercício da ação. O que distingue as duas figuras “é apenas o estar a exceção em contraposição a algum direito ou efeito dele, sem no excluir, nem no modificar” 19. No sentido processual, a exceção é uma defesa indireta, que atua em juízo sem negar o fato constitutivo do direito do autor, mas contrapondo-lhe outro a benefício do réu, cujos efeitos são capazes de neutralizar os do primeiro”¹¹¹.

Sem tentar aqui esgotar o tema, posiciona-se no sentido de semelhança entre o direito de ação e sua legitimidade em comparação com a mesma legitimidade do réu se segue conforme o exposto acima.

Uma última crítica, no entanto, se torna pertinente ao passo que se estender no campo da inequívoca afirmação de que há o agravo da controvérsia, aqui abordada simploriamente, pelo simples fato do objeto das exceções nunca terem sido limitados adequadamente, ao menos não suficientemente a ponto de dirimir tantas dúvidas que surgem da análise temática, pode/deve ser um campo profícuo da ciência processual.

¹⁰⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. II; 6ª Ed. Editora: Malheiros Editores. Pág. 313.

¹⁰⁹ http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130315105517.pdf pág. 06

¹¹⁰ *Apud* http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130315105517.pdf PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado das ações. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998. p. 128. T. I, § 24.

¹¹¹ http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130315105517.pdf pág. 08.

9.3.1. Substituição processual ou legitimação extraordinária

Apesar de frequentemente a substituição processual e a legitimação extraordinária manterem-se como sinônimas para a maior parte da doutrina, há quem defenda uma distinção referente à designação que ambos institutos jurídicos compõem, gerando, assim, duas conclusões distintas. Talvez isso ocorra em virtude de um formalismo exacerbado, mas nem por isso deixa o fenômeno de ser digno de nota.

Precipuamente, então, cabe distinguir a forma como trata a doutrina tal ou tais institutos.

Para seara doutrinária que vê uma cisão entre os institutos, a legitimidade extraordinária é gênero cuja espécie seria a substituição processual, ou seja, essa ideia “existiria quando ocorresse uma efetiva substituição do legitimado ordinário pelo legitimado extraordinário, nos casos de legitimação extraordinária autônoma e exclusiva, ou nas hipóteses de legitimação autônoma concorrente, em que o legitimado extraordinário age em razão da omissão do legitimado ordinário, que não participou do processo como litisconsorte”.

Assim sendo, a incidência da substituição processual ocorreria quando o sujeito que figurará no processo defendendo direito alheio em nome próprio substituir o titular do direito de forma definitiva, sem interessar a participação desse mesmo titular (autonomia), de forma que somente ele possa configurar como principais atos nesse processo (exclusividade).

Também haverá substituição processual quando ocorrer inércia e consequente omissão do titular do direito, ou seja, o legitimado ordinário, não é inserido nesse processo ativamente, de modo a produzir modificações e suportar alguns efeitos como o ônus sucumbencial, razão pela qual o substituto processual passa a atuar como único sujeito que solicita a tutela jurisdicional.

Para José Carlos Barbosa Moreira o instituto da legitimação extraordinária se subdivide da seguinte forma:

9.3.1.1. *Legitimação extraordinária autônoma*

É a hipótese de insignificância para formação de um contraditório legítimo da presença do titular do direito na persecução da tutela jurisdicional, onde tal busca pelo

objeto litigioso se deduz em juízo pela demanda. Nesse diapasão, pode o legitimado extraordinário livremente ater-se ao processo tendo como único requisito quanto à legitimidade dos sujeitos e sua eventual formação do contraditório a presença do legitimado extraordinário no processo¹¹².

Da legitimação extraordinária autônoma, subtraem-se outras duas espécies, quais sejam a legitimação autônoma exclusiva e a legitimação autônoma concorrente.

9.3.1.2. *Legitimação extraordinária autônoma exclusiva*

É aquela onde a única possibilidade configurada para os demais sujeitos que não o legitimado extraordinário ficaria reduzida para um status assistencial, por exemplo, ocorrendo assim uma diminuição do papel daquele que efetivamente sofreu a lesão diante do legitimado extraordinário. Cabem aqui outras formas de agir para os sujeitos que não sejam o legitimado extraordinário, contudo, somente este último poderá configurar como ator principal do processo. No entanto, deve-se ter em mente que jamais poderá existir a impossibilidade de que o legitimado ordinário venha a interferir efetivamente no processo, ainda que tenha sua participação mais atuante transportada para a figura do substituto processual.

O legitimado extraordinário possui, portanto, a proeminência na prática dos atos processuais, de forma a impossibilitar que outra parte configure-se como parte principal no processo.

Exemplos dessa modalidade são encontrados nos artigos 68, § 3^a, da Lei 6.404/76¹¹³ (artigo que determina que o único autorizado a tutelar em juízo interesse relacionado às relações do agente fiduciário e debenturistas é o próprio agente fiduciário¹¹⁴); e do artigo 42¹¹⁵, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil (artigo relacionado ao caso da discordância entre alienante e seu adversário, sobre o ingresso no

¹¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*, Editora: Revista dos Tribunais, 2006, pág. 10.

¹¹³ ASSIS, Araken de. *Substituição processual*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003, n. 09, pág. 14.

¹¹⁴ Art. 68, Lei 6.404/76. O agente fiduciário representa, nos termos desta Lei e da escritura de emissão, a comunhão dos debenturistas perante a companhia emissora.

¹¹⁵ Art. 42, CPC/73. A alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes.

§ 1º O adquirente ou o cessionário não poderá ingressar em juízo, substituindo o alienante, ou o cedente, sem que o consinta a parte contrária.

§ 2º O adquirente ou o cessionário poderá, no entanto, intervir no processo, assistindo o alienante ou o cedente.

processo do adquirente no lugar do alienante, caso em que o processo ocorrerá com o legitimado extraordinário, ou seja, o alienante, defenderá em nome próprio interesse do adquirente, isto em virtude do não consentimento da parte contrária na entrada do adquirente no processo)¹¹⁶.

Resta lembrar que “não se pode aceitar a proibição absoluta de participação do titular da situação litigiosa, sob pena de ofensa à garantia da inafastabilidade da jurisdição”¹¹⁷.

9.3.1.3. *Legitimação extraordinária autônoma concorrente*

É aquela onde a importância do sujeito que, por ventura, possa demandar (legitimado ordinário ou extraordinário) fica em segundo plano, pois, para que haja exercício regular do contraditório basta que componham o processo os sujeitos titulares do interesse subordinante e subordinado, além dos legitimados por lei.

Dessa forma, “é indiferente para a regularidade da instauração do contraditório que a demanda tenha sido proposta pelo legitimado ordinário, extraordinário ou por ambos”¹¹⁸.

Por sua vez, a legitimação concorrente se destrincha em legitimação concorrente primária e legitimação concorrente subsidiária.

9.3.1.3.1. *Legitimação concorrente primária*

Pode ser definida como aquela na qual ambos podem ingressar com a persecução do direito (legitimados ordinário e extraordinário) na busca pelo provimento judicial, sem que para isso haja a necessidade do legitimado extraordinário aguardar a efetivação da pretensão do legitimado ordinário.

Dessa forma, poderá haver ingresso em juízo de ambos os sujeitos independentemente da atitude do outro.

¹¹⁶ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: RT. Pág. 131.

¹¹⁷, pág. 92. “Leonardo Greco chega a alcinhar de inadmissível, atualmente, qualquer modalidade de legitimação extraordinária exclusiva, por ferir o princípio do contraditório” ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo Teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 41.

¹¹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*, Editora: Revista dos Tribunais, 2006. pág. 11.

Como exemplo, tem-se o pedido de anulação de casamento pelo Ministério Público ou interessados (art. 1.549 do Código Civil de 2002)¹¹⁹.

9.3.1.3.2. *Legitimação concorrente subsidiária*

É o caso diametralmente oposto do caso anterior, ou seja, para que o legitimado extraordinário adquira legitimidade para demandar, deve aguardar que o legitimado ordinário não exerça tal faculdade referente ao seu poder de acionar, ou seja, a aptidão do legitimado extraordinário remete à revelia do legitimado ordinário na tutela do direito em voga, a exemplo do artigo 16 da Lei Federal 4.717/65¹²⁰.

Hipótese curiosa é a contida no artigo 82¹²¹ do Código de Defesa do Consumidor, cuja configuração dá aos legitimados extraordinários a legitimação concorrente, fato de concorrência similar também ocorre na anulação de casamento (terceiro interessado e o Ministério Público, art. 1.549 do Código Civil), ocorrendo no primeiro caso legitimação ordinária e extraordinária concomitantemente.

9.3.2. Legitimação extraordinária subordinada

A legitimação nessa modalidade nada mais é do que a contrária à legitimação extraordinária autônoma, havendo nesse caso a preponderância do sujeito ativo da relação jurídica à necessidade de ser o legitimado ordinário, cabendo ao legitimado extraordinário atuar como assistente do legitimado ordinário e restando imprescindível para formação regular do contraditório “a presença do titular da relação jurídica

¹¹⁹ Art. 1.549, Código Civil de 2002. A decretação de nulidade de casamento, pelos motivos previstos no artigo antecedente, pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público.

¹²⁰ Art. 16. Caso decorridos 60 (sessenta) dias da publicação da sentença condenatória de segunda instância, sem que o autor ou terceiro promova a respectiva execução, o representante do Ministério Público a promoverá nos 30 (trinta) dias seguintes, sob pena de falta grave.

¹²¹ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público, II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

controvertida”. Contudo, incorre o legitimado extraordinário em papel secundário apesar de sua pró-atividade na consecução dos atos processuais¹²².

Na legislação brasileira só se admite a legitimação extraordinária por via legal, o que significa dizer que somente se a lei expressamente autorizar a substituição processual será facultado a outrem a defesa de interesse alheio em nome próprio (art. 6º do Código de Processo Civil), não podendo um sujeito, através de convenção, abdicar desse direito.

Entretanto, é facultado em determinados casos a cessão do direito, transformando, assim, o cessionário em legitimado ordinário.

A regra da necessidade expressa relativa à legitimação extraordinária, todavia, se excepciona para casos onde o próprio ordenamento jurídico conceda tal privilégio, o que significa dizer que mesmo que não esteja configurado expressamente em lei a legitimação extraordinária para determinados sujeitos, ainda assim poderá haver legitimação tendo em vista o ordenamento jurídico como fonte. Esse é o posicionamento de Arruda Alvim¹²³ e Barbosa Moreira¹²⁴.

Parte é quem configura no processo com ou sem legitimidade, isto porque o conceito de parte desse ser buscado na relação processual, jamais se confundindo o conceito de terceiro na relação processual com o de terceiro na relação material. Dessa forma, não ter legitimidade não é óbice para ser configurado como parte em um determinado processo, tanto é assim que a parte ilegítima pode requerer a sua dissolução perante uma demanda sem que para isso necessite de meios especiais para tanto, ou seja, um sujeito que posteriormente venha a ser definido como terceiro na relação de direito material contida no processo foi parte processual até o momento de sua dissolução perante o mesmo, contudo, jamais foi parte na relação de direito material.

O legitimado extraordinário, perante o processo, também se qualifica como parte em toda sua plenitude, e assim deve ser visto, não sendo, portanto, um mero representante processual, e sim como se legitimado ordinário fosse. Para se ter em mente essa última afirmação basta recordarmos que o o representante processual não é parte no processo, apenas apoderando a parte diante de uma incapacidade sua, por

¹²² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*, Editora: Revista dos Tribunais, 2006. Pág. 10/12. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Ed. 2001, v. 2. Pág. 311.

¹²³ *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1975, v. 1, p. 426.

¹²⁴ “Notas sobre o problema da efetividade do processo”. In: Temas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1984, 3ª Série, p. 33, nota 7. *Apud*. DIDIER, Fredie Jr. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*, Volume Único; Editora Saraiva. Pág. 252.

exemplo a incapacidade processual à qual o advogado substitui o titular do direito (capacidade postulatória), ou ainda a representação de um menor pelo seu responsável legal diante de uma ação de alimentos, tendo em vista a impossibilidade deste de judiciar sozinho.

Advém disto a necessidade de verificação dos pressupostos processuais subjetivos e a providência que eles recaiam sobre o próprio legitimado extraordinário, sempre tendo em mente que a imparcialidade do magistrado deve ser aludida sobre o processo e suas partes como um todo¹²⁵.

Apesar de muito mais comumente encontrarmos material doutrinário referente ao legitimado extraordinário no polo ativo, e, no que se refere ao instituto da legitimação extraordinária poder ser configurado no polo passivo termos uma divergência considerável na doutrina quanto a essa mesma possibilidade, nada impede que haja legitimação extraordinária em ambos os polos.

Apesar de disposição doutrinária minoritária em contrário sobre o as sentenças que venham a ser consubstanciadas diante de um legitimado extraordinário alcançarem a figura do legitimado ordinário, é necessário que a sentença atinja sim aqueles que foram substituídos processualmente, salvo, evidentemente, se houver dispositivo legal que verifique procedimento diverso (artigo 274 e 103 do Código de Defesa do Consumidor), inclusive “ressalvados as situações em que o legitimado extraordinário também possui legitimação ordinária, os efeitos da decisão judicial repercutirão diretamente e apenas no patrimônio do substituído, embora o substituto fique submetido ao que foi decidido”¹²⁶, ficando ainda o substituto responsável pelo pagamento das custas e dos honorários advocatícios¹²⁷. Caso assim não se verifique ocorrerá uma verdadeira destruição da figura do legitimado extraordinário, isto porque o legitimado ordinário poderá litigar sobre a mesma demanda já decidida quando o legitimado

¹²⁵“De regra, são as partes os sujeitos do direito e do dever, da pretensão, da obrigação, ou da exceção, que se discute. Todavia pode dar-se que terceiro, que não é o sujeito ativo ou passivo da *res deducta*, possa ser parte, isto é, ter a ‘ação’. Daí se tira que o conceito de parte é de direito formal, e de ordinário coincide, porém não precisa coincidir, com o de titular do direito na relação jurídica controvertida, ou com o sujeito passivo dessa relação” MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998, t. 1, pág. 266/267.

¹²⁶ DIDIER, Fredie Jr.. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*, Volume Único; Editora Saraiva. Pág. 255

¹²⁷ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: RT. Pág. 22; CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 2, p. 302; OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. Substituição processual. São Paulo: RT, 1971, pág. 166/167. “Em outro sentido, porém, o art. 18 da Lei Federal n. 7.347/85: ‘Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado’.

extraordinário propunha a ação independentemente do resultado da demanda, deslegitimando assim os efeitos da decisão em que o legitimado extraordinário compôs.

Freddier Didier Jr. entende que essa “submissão do substituído à força da coisa julgada” como sendo impositivamente derivada do princípio da igualdade, causando sempre, inclusive, grave prejuízo ao réu, pois mesmo arcando com o grave ônus referente à sua situação processual, em uma eventual vitória nada teria o mesmo réu, visto que ele sempre ficaria sujeito a uma posterior proposição de demanda do titular do direito¹²⁸.

Caso interessante é aquele que ocorre na hipótese do artigo 1.228 do Código Civil, que estabelece que o proprietário poderá reivindicar a coisa de quem injustamente a possua ou detenha, abrindo espaço, portanto, para que o possuidor ilegítimo configure no pólo passivo da demanda ao que, por conseguinte, salta aos olhos uma eventual legitimidade passiva *ad causam* para uma reivindicatória.

Ocorre que o artigo 62 do Código de Processo Civil cuida da “nomeação à autoria – portanto, correção do pólo passivo da demanda – nas ações reivindicatórias propostas em face do detentor, que deveria indicar o possuidor ou proprietário.”¹²⁹

Logo, se conclui que o possuidor agora pode configurar no pólo passivo por força do artigo do Código Civil supramencionado, nada havendo que se corrigir, pois, no que confere ao requisito legitimidade, o réu estaria investido de licitude.

Ponto controverso este último explicitado, sendo que pensa conforme descrevemos, a título exemplificativo, o ilustre Marco Aurélio Viana.

Já em posição contrária temos o que apregoa o não menos notável Alexandre Freitas Câmara, afirmando que tal dispositivo, qual seja o artigo 1.228 do Código Civil, feriria o devido processo legal:

*O comando da sentença à luz do disposto do artigo 472 do Código de Processo Civil, não poderia ser oposto contra o possuidor/proprietário de quem o detentor é fêmullo, que não participou do processo e que certamente, por causa disso, ajuizaria embargos de terceiro, para se contrapor a qualquer tentativa judicial de efetivação de sentença*¹³⁰.

¹²⁸ DIDIER, Fredie Jr.. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*, Volume Único; Editora Saraiva. Pág. 256.

¹²⁹ DIDIER, Fredie Jr.. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*, Volume Único; Editora Saraiva. Pág. 256.

¹³⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 9. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 1, pág. 194/195.

Se se considera com legitimação extraordinária o possuidor ilegítimo, ao passo de fazermos uma tentativa de trazer o que expõe o 472 do Código de Processo Civil à luz do que entende a mais moderna doutrina, temos o que apregoa Fredie Didier que, em relação a permissão de defesa de um eventual subordinado quanto aos interesses do seu patrão assim afirma:

Seria irrazoável permitir ao subordinado defender em juízo interesse do seu patrão, que, pelas regras de experiência, a princípio dispõe de melhores condições para isso”¹³¹, não possuindo, portanto, o mero detentor tal propensão, criando, inclusive, segundo o autor, equivocadamente uma eventual “legitimidade ad causam para a ação reivindicatória, razão pela qual nomear à autoria o verdadeiro possuidor/proprietário tudo na mesma forma como prescreve o art. 62 do CPC, que se mantém incólume”¹³².

As sanções processuais e medidas coercitivas, por não existir empecilhos razoáveis em contrário, podem atingir de forma efetiva os sujeitos que por ventura venham a exercer a figura de legitimado extraordinário, como exemplo disto basta pegarmos a litigância de má-fé e a multa diária, contidas nos artigos 461 §§ 4º e 5º do Código de Processo Civil, respectivamente, podendo o juiz aplicá-las independentemente de ser o sujeito da demanda legitimado ordinário ou extraordinário.

Em regra não cabe aos substitutos processuais dispor sobre os poderes referentes à gestão do mesmo processo, e não de disposição arbitrária do direito material discutido, ou seja, deve este legitimado agir em cumprimento aos interesses daquele que está substituindo, não podendo simplesmente, por se empoderar deste privilégio, abdicar da defesa do direito, exercício imanente ao cargo que ocupa. No entanto, existe previsão legal expressa viabilizando procedimento, procedimento este diverso nos casos de ajustamento de conduta em causas coletivas (artigo 5º, § 6º, da Lei Federal n. 7.347/85)¹³³.

¹³¹ DIDIER, Fredie Jr.. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*, Volume Único; Editora Saraiva. Pág. 257.

¹³² DIDIER, Fredie Jr.. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*, Volume Único; Editora Saraiva. Pág. 257.

¹³³ DIDIER, Fredie Jr.. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*, Volume Único; Editora Saraiva. Pág. 258. “Há expressa autorização legal para a concretização, por legitimado extraordinário, de negócio jurídico de direito material: o compromisso de ajustamento de conduta em causas coletivas, regulado pelo § 6º do art. 5º da Lei Federal n. 7.347/85.”

Em regra as exceções e defesas intrínsecas referentes ao processo que corre com legitimado extraordinário são facultadas ao mesmo¹³⁴, cabendo a lei dispor sobre a forma como ocorrerá a aplicação desses poderes^{135 136}.

Falta de legitimação extraordinária, ou seja, a inexistência de legitimidade para o sujeito conduzir em nome próprio o processo defendendo direito alheio em um caso *in concreto*, não resolve o mérito da causa, tal análise e posterior resolução deste processo deve ser buscada na relação processual quanto a condução do próprio processo. Assim, a decisão que a reconheça a falta de legitimidade para um sujeito se identifica com o que apregoa o art. 267, VI, do Código de Processo Civil. Todavia, há certa divergência quanto à questão, principalmente quanto à hipótese de instituir a decisão como improcedência ou de carência, isto se determinado sujeito diz-se titular para defesa do interesse alheio, mas se verifica que não o é. É salutar para este trabalho que somente a sentença que verifique a ausência de legitimidade extraordinária incorre na falta de resolução do mérito dessa mesma demanda em tela, ao passo que essa ideia será analisada mais atentamente em tópico específico.

Fredie Didier Jr. distingue as possibilidades de duas formas:

a) se alguém vai a juízo afirmando-se titular do direito discutido e não o é, o caso é de improcedência (decisão de mérito)¹³⁷; b) se alguém vai a juízo afirmando-se legitimado a defender direito de outrem, a decisão que não

¹³⁴ ASSIS, Araken de. *Substituição processual*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003, n. 09, pág. 21.

¹³⁵ “Há quem confira ao substituto processual poderes para a prática de atos processuais de disposição: ‘Os atos de disposição atinentes exclusivamente ao desenvolvimento do processo, com renúncia do prazo, a concordância na escolha de um só perito, a desistência de recurso, a concordância para a abreviação ou prorrogação do prazo e também a própria desistência da ação, a nosso ver, podem ser livremente praticados pelo substituto; todavia, os atos dispositivos que importarem direta ou indiretamente na disposição do direito substancial controvertido, como a transação e o reconhecimento do pedido, não estão abrangidos pela substituição processual, uma vez que esta não contém o poder de dispor do direito controvertido”. CINTRA, Antonio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria do Processo*, 22ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001, pág. 30.

¹³⁶ “O CDC conferiu legitimação extraordinária às entidades civis de consumidores e às associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica o poder de firmar convenção coletiva de consumo, que pode ter por objeto, inclusive, a composição do conflito de consumo (art. 107, *caput*). Essa convenção somente obrigará os filiados às entidades signatárias (art. 107, § 2º)”. DIDIER, Fredie Jr.. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*, Volume Único; Editora Saraiva. Pág. 259.

¹³⁷ “Corretamente, STJ, 3ª T., REsp 21544/MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 19.05.1992, DJ, 08.06.1992, pág. 8619: ‘Legitimação para a causa – mérito. Afirmando o autor ser titular de uma relação jurídica, de que sujeito passivo o réu, a decisão que o negue, recusando sua pretensão, terá decidido a lide, julgado o mérito. (...) Admissibilidade, em tese, da rescisória, nada obstando tenha-se dado pela carência de ação, quando o julgamento foi de mérito’”. DIDIER, Fredie Jr.. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*, Volume Único; Editora Saraiva. Pág. 260.

reconhecer essa legitimação extraordinária não terá examinado o mérito da causa.¹³⁸

(...)

Resta afirmar a existência de uma seara doutrinária que entende ser decisão que não julga o mérito ainda que essa mesma decisão venha a verificar que um sujeito alheio ao direito controvertido originário esteja a defender em nome próprio tal interesse forâneo ao seu.

(...)

h) Toda e qualquer legitimação extraordinária deve pressupor os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, critérios estes concernentes a dimensão subjetiva do devido processo legal substancial, devendo haver, portanto, a adoção de critérios que justifiquem a sua aplicação excepcional, onde o controle judicial venha em socorro desse direito fundamental que se institui pelo próprio devido processo legal.

Donaldo Armelin singulariza em quatro as situações que nosso código recepcionou no que se refere ao instituto da legitimação extraordinária: “i) casos de legitimidade extraordinária outorgada em razão da predominância do interesse público sobre o particular (ex: art. 82 do CDC e art. 5º da Lei Federal n. 7.347/85); ii) legitimidade extraordinária atribuída em decorrência de comunhão de direitos ou conexão de interesses, onde coexistem legitimidade ordinária e legitimidade extraordinária (ex: a legitimação do condômino para a defesa da coisa, art. 1.314 do CC-2002; ação de anulação de decisão assemblear); iii) legitimidade extraordinária atribuída em função do vínculo que o legitimado extraordinário e o legitimado ordinário mantêm entre si, em relação ao direito questionado, geralmente em razão da sucessão (ex: o alienante de coisa litigiosa permanece no processo na qualidade de legitimado extraordinário, acaso o seu adversário não consinta com a sucessão processual, art. 42, § 1, CPC-73; para quem admite que o denunciado é litisconsorte do denunciante, art. 75 do CPC-73, seria ele legitimado extraordinário, pois atuaria em nome próprio em defesa de direito alheio); iv) a outorga da legitimidade extraordinária decorre de uma situação jurídica que o legitimado ocupa, que lhe impõe, direta ou indiretamente, deveres de guarda e conservação de direitos alheios (ex: agente fiduciário dos debenturistas; capitão do navio, quando não é o proprietário do navio nem credor do frete, para ajuizamento de ação de arresto para garantir pagamento de frete, avarias grossas ou despesas a cargo do proprietário da mercadoria transportada, art. 527 do CCom^{139,140}”.

Por fim, Fredie Didier afirma que “atribui-se legitimação extraordinária também como forma de proteção dos interesses do próprio substituto, diante da inércia do substituído (é o caso do art. 3º da Lei Federal n. 1.533/51)”¹⁴¹.

¹³⁸ DIDIER, Fredie Jr.. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*, Volume Único; Editora Saraiva. Pág. 260.

¹³⁹ Art. 527 da Lei n. 556/1850, Código Comercial brasileiro: “O capitão não pode reter a bordo os efeitos da carga a título de segurança do frete; mas tem direito de exigir dos donos ou consignatários, no ato da entrega da carga, que depositem ou afiancem a importância do frete, avarias grossas e despesas a seu cargo; e na falta de pronto pagamento, depósito, ou fiança, poderá requerer embargo pelos fretes, avarias e despesas sobre mercadorias de carga, enquanto elas se acharem em poder dos donos ou consignatários, ou estejam fora das estações públicas ou dentro delas; e mesmo para requerer a sua venda imediata, se forem de fácil deterioração, ou de guarda arriscada ou dispendiosa”.

¹⁴⁰ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: RT. Pág. 122/130.

¹⁴¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, pág. 99.

9.4. Interesse de agir

De acordo com Moacyr Amaral Santos, o interesse de direito substancial, que é aquele que consiste no interesse à obtenção do bem jurídico, material ou incorpóreo, pretendido pelo autor, se definiria como interesse primário.

Já o interesse como condição da ação é interesse outro, que move a própria ação, interesse de composição da lide e não o interesse em lide (interesse substancial).

O interesse de reclamar a atividade jurisdicional do Estado para que esse tutele o interesse primário, define o interesse de agir, segundo Moacyr Amaral Santos como “secundário, instrumental, subsidiário, de natureza processual, consistente no interesse ou necessidade de obter uma providência jurisdicional quanto ao interesse substancial contido na pretensão”¹⁴².

Recorrendo à conceituação de Liebman sobre o instituto do interesse de agir tem-se o que se segue:

É um interesse processual, secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário; tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para obter a satisfação de um interesse primário lesado pelo comportamento da parte contrária, ou, mais genericamente, pela situação de fato objetivamente existente. Por exemplo, o interesse primário de quem se afirma credor de 100 é obter o pagamento dessa importância; o interesse de agir surgirá se o devedor não pagar no vencimento e terá por objeto a sua condenação e, depois, a execução forçada à custa do seu patrimônio. O interesse de agir decorre da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, por isso, a assertiva de lesão desse interesse e a aptidão do provimento pedido a protegê-lo e satisfazê-lo. Seria uma inutilidade proceder ao exame do pedido para conceder (ou negar) o provimento postulado, quando na situação de fato apresentada não se encontrasse afirmada uma lesão ao direito ou interesse que se ostenta perante a parte contrária, ou quando os efeitos jurídicos que se esperam do provimento já tivessem sido obtidos, ou ainda quando o provimento pedido fosse em si mesmo inadequado ou inútil a remover a lesão, ou finalmente, quando ele não pudesse ser proferido, porque não admitido pela lei (por exemplo prisão por dívidas). Naturalmente, o reconhecimento da ocorrência do interesse de agir ainda não significa que o autor tenha razão: quer dizer apenas que o seu pedido se apresenta merecedor de exame. Ao mérito, e não ao interesse de agir, pertence e qualquer questão de fato e de direito relativa à procedência do pedido, ou seja, à juridicidade da proteção que se pretende para o interesse substancial. Em conclusão, o interesse de agir é representado pela relação entre a situação antijurídica denunciada e o provimento que se pede para debelá-la mediante a aplicação do direito; deve essa relação consistir na

¹⁴² MOACYR AMARAL, Santos. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 1º Volume. 16ª edição. 1993. P. 166/167.

*utilidade do provimento, como meio para proporcionar ao interesse lesado a proteção concedida pelo direito*¹⁴³.

Pertinente se torna uma breve distinção entre interesse substancial e interesse processual, a fim de diluir eventuais dúvidas pertinentes.

Na sua célebre distinção dos dois institutos, Liebman leciona nos seguintes termos:

*O interesse substancial, para cuja proteção se intenta a ação, da mesma maneira como se distinguem os dois direitos correspondentes: o substancial que se afirma pertencer ao autor e o processual que se exerce para a tutela do primeiro. Interesse de agir é, por isso, um interesse processual, secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário; tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para obter a satisfação de um interesse primário lesado pelo comportamento da parte contrária, ou, mais genericamente, pela situação de fato objetivamente existente*¹⁴⁴.

Para Liebman, “constitui objeto do interesse de agir a tutela jurisdicional e não o bem da vida a que ela se refere”¹⁴⁵.

Conclui o eminente autor que “enquanto a falta de interesse processual leva ao juízo de inadmissibilidade do processo, a falta de interesse substancial leva ao juízo de improcedência”¹⁴⁶.

Ainda no que se refere à conceituação do instituto jurídico interesse de agir, podemos caracterizá-lo em um conceito “lógico-jurídico, e não jurídico-positivo”¹⁴⁷ “exatamente porque não decorre de um específico ordenamento jurídico, não variando de acordo com as definições empregadas por cada sistema normativo, sendo, ao contrário, uniforme e constante em todos os ordenamentos. Se sua inobservância acarretará a extinção do processo sem ou com julgamento de mérito, é problema que, realmente, será disciplinado pelo ordenamento jurídico respectivo. Só que tal problema se insere no âmbito do efeitos, das consequências, dos consectários da ausência do

¹⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo. Curso de Processo Civil*. v. 1, 7ª edição; Ed. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais. Pág. 282.

¹⁴⁴ LIEBMAN, Henrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. vol. 34, Ed. RT, 1996. pág. 143.

¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo. Curso de Processo Civil*. v. 1, 7ª edição; Ed. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais. Pág. 282.

¹⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo. Curso de Processo Civil*. v. 1, 7ª edição; Ed. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais. Pág. 278.

¹⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo. Curso de Processo Civil*. v. 1, 7ª edição; Ed. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais. Pág. 280.

interesse de agir, não dizendo respeito ao seu conceito”, concluindo que “trata-se de conceito formulado pela ciência jurídica”¹⁴⁸

A doutrina diverge sobre o tema dos requisitos para que ocorra o interesse de agir, sendo assim, para não pecar pela omissão, serão divididos classicamente e incluídos os três elementos, ainda que alguns autores desaprovem a adequação como elemento constituidor do interesse.

Inicialmente, cumpre mencionar que:

A necessidade da tutela jurisdicional, que conota o interesse, decorre da exposição fática consubstanciada na causa de pedir remota”, divisão elementar da causa de pedir é aquela que a subdivide em causa de pedir próxima e remota referente à proximidade da demanda, onde há um fato, onde parafraseando Pontes de Miranda é colorido pela incidência do ordenamento jurídico, ocasionando um fato jurídico, ao passo que o autor terá que desenvolver também os fundamentos jurídicos, atingindo o requisito pela teoria adotada pelo nosso ordenamento pátrio, que é a teoria da substanciação ou substancialização, conformada nos artigos (procurar artigos que viabilizam a teoria da substanciação). Sendo assim “a utilidade do provimento jurisdicional também deve ser aferida à luz da situação substancial trazida pelo autor da demanda”¹⁴⁹.

Sobre a adequação temos que ela:

Liga-se a existência de múltiplas espécies de provimento instituídas pela legislação do país, cada um deles integrando uma técnica e sendo destinado à solução de certas situações da vida indicadas pelo legislador”¹⁵⁰.

Inicia-se a análise individual de cada um dos elementos mencionados introdutoriamente.

Sobre a análise da presença dos elementos intrínsecos concernentes ao interesse de agir necessários à sua validade, tem-se que este só poderá ser legítimo observando-o “*in concreto*, à luz da situação narrada no instrumento da demanda”¹⁵¹ sendo impossível tornar cognoscível pragmaticamente a existência ou inexistência do interesse de agir em uma demanda judicial de forma prévia, tendo em vista sua específica e particular inerência à própria individualidade dessa determinada demanda.

Por conseguinte, temos a polêmica referente à aferição do “esgotamento de instâncias extrajudiciais” como requisito legal para o exercício do direito de agir (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), sob o rol da “demonstração do interesse de

¹⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo. Curso de Processo Civil*. v. 1, 7ª edição; Ed. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais. Pág.

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo. Curso de Processo Civil*. v. 1, 7ª edição; Ed. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais. Pág. 278.

¹⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Ed. 2001, v. 2. Pág. 312.

¹⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo. Curso de Processo Civil*. v. 1, 7ª edição; Ed. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais. Pág. 279.

agir”, um dos pontos limítrofes para conceituação por parte da doutrina da possibilidade ou impossibilidade, por parte do legislador, do poder de reduzir ou restringir o direito de ação ao impor a exigência da extinção prévia das vias recursais, ou seja, admissão ou inadmissão da “jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado”¹⁵² (Luiz Guilherme Marinoni MARINONI. Teoria Geral do Processo. 7 edicao. pag 280).

A verificação do interesse de agir em razão do direito fundamental de ação e consequente resolução para essa celeuma verificada acima poderia vir, de acordo com Freddie Didier Jr., com a transposição para o juiz da verificação *in concreto* da demanda proposta através da exposição do problema pela parte.

Nas palavras do professor Didier “caberá ao demandante expor a razão pela qual não pôde esperar a decisão administrativa, demonstrando a utilidade e a necessidade da intervenção judicial”.

A doutrina minoritária coloca as três condições da ação como dimensões ou acepções do interesse processual, portanto, há quem veja nesse posicionamento uma justificativa para a adoção da pertinência temática pelos tribunais.

Diametralmente oposto temos a lição bastante conhecida de que não há que se falar em adição ou subtração das condições da ação em sua forma classicamente conhecida, pois elas “referem-se a cada um dos três elementos da ação (demanda): legitimidade *ad causam*/partes; possibilidade jurídica do pedido/pedido; interesse de agir/causa de pedir”¹⁵³.

Da perspectiva estatal, o interesse de agir extrai da sua dimensão pragmática, qual seja a pacificação social, atuação da ordem jurídica como elemento principal, tal como nos ensina Dinamarco:

É indispensável que, ao mesmo tempo em que se antevê para este sujeito um benefício a ser obtido mediante o provimento jurisdicional (tutela jurisdicional), também para o Estado seja este interesse de agir em tese capaz de trazer vantagem”¹⁵⁴, traduzindo-se em condição da ação que configura “coincidências entre o interesse do Estado e do demandante”¹⁵⁵.

¹⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo. Curso de Processo Civil*. v. 1, 7ª edição; Ed. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais. Pág. 280.

¹⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo. Curso de Processo Civil*. v. 1, 7ª edição; Ed. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais. Pág. 278.

¹⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 7ª Edição. São Paulo: Malheiros Ed., 2000, pág. 405.

¹⁵⁵ DIDIER, Fredie Jr.. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*, Volume Único; Editora Saraiva. Pág. 282.

Por fim, no que se refere ao interesse de agir, leciona Fredie Didier Junior:

O interesse para agir, portanto, pode ser diagnosticado pela constatação de existência de vantagem jurídica¹⁵⁶, lícita, pois (patrimonial ou não patrimonial, como ocorre, nesta última hipótese, com o reconhecimento dos chamados direitos de personalidade, em si inestimáveis) emergente, potencialmente, da atuação da jurisdição provocada pela atuação do titular desse direito” ou de um legitimado extraordinário¹⁵⁷.

¹⁵⁶“Só podem ser objeto de tutela jurisdicional os interesses juridicamente protegidos” ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: RT. Pág. 59.

¹⁵⁷ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: RT. Pág. 58.

10. OS INSTITUTOS JURÍDICOS REFERENTES AOS JUÍZOS DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Primeiramente, cumpre salientar a exclusão do termo *condições da ação* e *carência de ação* do Novo Código de Processo Civil. Isto posto, traz-se aqui o prognóstico dos institutos que a compunham segundo essa nova temática inserida no referido novo Código, sem deixar de analisar como se comportará o fenômeno da ação diante de sua nova perspectiva jurisdicional. Analisa-se também como a doutrina trabalhará com a então teoria eclética e assertiva diante da supressão do termo, já que o Código de Processo Civil de 2015 (NCPC) porvir escolheu pela manutenção expressa da legitimidade para agir e interesse processual, como se verifica no seu artigo 17: “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade” (artigo 17, NCPC).

Desde logo se percebe a extinção da possibilidade jurídica do pedido, reivindicação doutrinária que há muito se supunha, restando consagrado que se o juiz verificar a impossibilidade jurídica do pedido equivalerá essa sentença à contida no artigo 330, I, CPC. Manteve-se, no entanto, no NCPC a resolução sem análise do mérito nos casos de “ausência de legitimidade e interesse processual” (art. 585, I, NCPC). A possibilidade jurídica do pedido, portanto, entra definitivamente na análise de mérito.

Já sobre o instituto carência de ação, este passa a ser substituído, nos dispositivos que tratam das matérias a serem alegadas em preliminar de contestação, pela denominação de “ausência de legitimidade ou de interesse processual” (art. 337, XI, NCPC). A denominação de carência de ação para os casos onde se verificavam a ausência das condições da ação também deixa de ser mencionada no Novo Código de Processo Civil, passando agora estas matérias a serem alegadas em preliminar de contestação ao termo “ausência de legitimidade ou de interesse processual” (NCPC, art. 337, XI).

Isto posto, resta responder a pergunta que fundamenta esse trabalho, qual seja a de como será o tratamento legislativo e doutrinário para os remanescentes institutos da legitimidade para agir e interesse processual, anteriormente inseridos como cerne das condições da ação?

A pergunta é pertinente visto que agora há tratamento individual da legitimidade e interesse de agir pelo Novo Código de Processo Civil, levando à uma realidade que

revela duas vertentes principais a serem verificadas mais a fundo como prováveis adoções pela doutrina. São elas a manutenção da forma anteriormente prevista, sendo que isto levaria também à conservação da teoria eclética ou assertiva no que cabe à decisão de inadmissibilidade do processo, ou inclusão dos institutos no juízo de admissibilidade, como é defendido nesse trabalho.

Defende-se ainda que somente a legitimidade extraordinária é pressuposto processual de validade, devendo ocasionar a extinção do processo sem resolução de mérito.

Já a legitimidade ordinária revela a realidade de improcedência do pedido, sendo o mesmo que afirmar que o sujeito não pode angariar em juízo o direito pleiteado.

Fundamentam-se essas duas possibilidades como prováveis incorporações legislativas e doutrinárias, primeiramente, conforme já mencionado, em virtude da retirada dos institutos da carência de ação e condições da ação do Novo CPC. Esse retrocesso diante da doutrina anteriormente adotada revela uma adoção legislativa da doutrina que criticava tal posicionamento por parte do CPC de 1973, ou seja, as críticas direcionadas à teoria eclética desencadearam sua exclusão do ordenamento jurídico processual brasileiro, conforme posicionamento adotado nesse trabalho. Secundariamente, parece consistente a fundamentação de inclusão da legitimidade e do interesse de agir, institutos remanescentes da teoria eclética, nas chamadas sentenças sem resolução de mérito. Contudo, como se pode verificar no artigo 485 do Novo CPC, que versa sobre as sentenças em que não haverá resolução de mérito, em seu § 3º, tem-se o seguinte texto: “O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado”. Tal prerrogativa necessita de uma análise mais aprofundada.

Decorre de uma análise lógica que se o NCPC dá ao juiz a possibilidade de conhecimento de ofício da legitimidade e do interesse processual (inciso VI, art. 485, NCPC), haverá sempre uma análise por parte do Estado diante de uma demanda que lhe foi endereçada.

A teoria eclética, por sua vez, adotava o entendimento que a Jurisdição não ocorreria nos casos de ausência das condições da ação, por ser mero *joeiramento prévio*, separando estas ações daquelas demandas que efetivamente ocasionariam a Jurisdição. Entretanto, parece ilógico conceber que todo o aparato estatal será movimentado diante de uma ação que, mesmo que ausente a legitimidade e o interesse processual, restará por não acarretar a jurisdição estatal, principalmente diante do termo empregado “em

qualquer tempo e grau da jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado”.

A nosso ver, já não há mais espaço para sequer se supor a aplicação dessa seara doutrinária no que concerne ao seu conceito intrínseco de ação, jurisdição e processo, sucumbindo esta ao arcabouço histórico.

A ação é considerada proposta a partir do momento de sua protocolação, restando hialino que esse é o tempo exato onde deixa de ocorrer a inércia inerente à Jurisdição, gerando ao Estado um poder/dever de prestação jurisdicional, passando a ação a ser impulsionada oficialmente. É, portanto, no momento da protocolação da inicial que se inicia a jurisdição, ao passo que esta termina somente no momento que o Estado dá uma resposta a essa respectiva demanda, ou seja, na sentença. Nesse diapasão não há mais lugar para o que apregoa a teoria eclética no que se refere ao tempo que a jurisdição se inicia, além de não mais haver distinção entre a sentença sem resolução de mérito caso venha a se “verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo” (inciso IV, art. 485, NCPC) e a sentença que exclua o processo sem resolução de mérito pela ausência de legitimidade e interesse processual.

São os institutos, de acordo com o NCPC, correlatos tanto na sua análise anterior ao mérito, como nos seus efeitos que deixam de analisar o próprio mérito da demanda, não existindo motivo para diferenciá-los em efeitos divergentes, afinal o próprio NCPC deixou de mencionar as condições da ação como instituto autônomo e a carência da ação.

Já sobre o problema do termo trânsito em julgado no referido artigo, temos que caso o entendamos como o ato que dá fim ao processo em última instância, abre-se espaço para que a uma determinada ação, onde diversos atos processuais ocorreram através do tempo, possa, eventualmente, ser excluída sem análise do mérito, com a perda de todo o procedimento desde a propositura da ação, indistintamente às peculiaridades inerentes a cada processo em análise.

Parece-nos aqui que o NCPC deixa de tratar com maior providência ambos os institutos, ou seja, a conservação de atos que porventura se observem em uma demanda onde se verifique a falta de legitimidade e interesse processual em um processo que se encontre avançado, além da conceituação mais apurada perante o alcance da sentença que transite em julgado diante desse impasse. A generalidade observada nos parece um óbice importante a ser preenchido pela doutrina e jurisprudência.

Ao contrário do exposto acima, entendemos que o parágrafo 3º do artigo 48 do

NCPC faz alusão à palavra juiz e utiliza o termo “a qualquer tempo e grau de jurisdição”. Ora, parece aqui que o legislador especifica que cabe a análise da legitimidade e interesse processual de acordo com a jurisdição do próprio juiz, afinal, desarrazoado seria supor a inserção da jurisdição de um juiz na seara de outro, corroborando essa ideia temos os princípios da investidura e da indelegabilidade processual.

Logo, diante de um processo em grau avançado de jurisdição deverá ocorrer um verdadeiro dever de análise dos atos das instâncias inferiores que possam ser aproveitados diante da verificação da ilegitimidade ou falta de interesse processual, a análise caso a caso dos atos processuais que possam ser aproveitados deve ascender diante da indistinta exclusão do processo sem resolução de mérito.

O princípio da instrumentalidade há de prosperar diante da indistinta inclusão de todo e qualquer caso em um mesmo instituto estanque, isto porque haverá casos onde o defeito pode ser solucionado sem a necessidade de que se inicie o processo desde o seu princípio.

A exclusão do processo sem resolução de mérito em instâncias superiores deve ser a exceção e não a regra, somente nos casos onde a falta de legitimidade e interesse processual decorra de erros de difícilíssima reparação, além da impossibilidade de aproveitamento dos atos processuais anteriores.

Já no que se refere à teoria que prevalecerá no nosso ordenamento, temos que caso opte-se pela manutenção da teoria assertiva, conforme se verifica hoje, seria um equívoco gerado pela crença em um positivismo desconexo com a própria realidade, sendo uma tentativa de manutenção de uma teoria que se mostrou ineficaz diante de sua tentativa de se colocar em um meio termo entre as teorias concreta e abstrata.

O Novo Código de Processo Civil, ao excluir os termos condições da ação e carência de ação limpa o código de terminologias que apenas serviram para causar confusão. Sendo assim, não existindo mais espaço para teoria eclética sobreviver diante do nosso ordenamento nada mais natural que a sua vertente mais moderna, que somente visou atenuar os efeitos problemáticos da teoria eclética, também sucumba.

Sobre as sentenças que excluem a ação sem resolução de mérito nos casos de ausência de legitimidade e interesse processual, cumpre mencionar que não pactuamos com essa ideia. Parece-nos ter razão o que apregoa a teoria que sustenta a inclusão da legitimidade e interesse de agir na análise do próprio mérito da demanda, causando uma sentença de improcedência, dando, por conseguinte, à sentença uma análise de mérito.

Nos parece ser essa uma realidade evidente conforme procuramos a todo tempo demonstrar nesse trabalho, ou seja, salvo no caso da legitimidade extraordinária o juiz sempre terá que adentrar no mérito da demanda para verificar a legitimidade do autor e seu interesse, não havendo necessidade de se encerrar todo um instituto em uma sentença sem resolução de mérito.

Ao invés da realidade fictícia criada pela doutrina eclética, e posteriormente desta para a teoria da asserção, nos demonstrou a experiência com a inserção dessas teorias no nosso ordenamento que ambas foram antinômicas a um sistema coerente diante da aplicação destas aos casos concretos. Somente pela declaração de que não se analisa o mérito nos casos da legitimidade ordinária, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir não se cria o poder de que o juiz deixe de efetivamente analisar o mérito diante da aplicação do que preconiza a teoria eclética e assertiva.

Sequer a figuração em *in status assertionis* deixa de tornar a referida teoria paradoxal por tentar conciliar o inconciliável, além de que haverá o exercício da ação, e esta sempre ocasionará a jurisdição, independentemente do resultado da demanda ou independentemente de presentes ou não a legitimidade e do interesse.

A jurisdição é resultado da impossibilidade dos sujeitos de fazerem justiça pelas próprias mãos, o que obriga o Estado a dar uma solução aos conflitos que venham a surgir sobre o império de sua Jurisdição. Não advém a aplicação da Jurisdição a partir de um dado momento do processo da simples convenção doutrinária que apregoa uma realidade divergente daquela que se vê. O conceito de Jurisdição nos moldes que se verifica hodiernamente não se encaixa nos moldes que a teoria eclética e assertiva elucidam.

Retrocede o Novo Código em um sentido importante, pois elimina termos que apenas causam apenas confusão, demonstrando-se incoerentes as doutrinas adotadas pelo CPC de 1973, comprovando-se inexpressivas até mesmo na defesa de institutos a que se propunha defender, como, por exemplo, nos casos onde se verificasse um autor ilegítimo e protegesse o verdadeiro autor para uma eventual proposição no futuro.

Ocorre que, de acordo com a teoria da substanciação adotada, somente pela diferenciação entre os fatos e fundamentos jurídicos não poderá haver coincidência entre duas ações.

Além disso, resta óbvio que aquele que não é quem realmente sofreu a lesão ou é autorizado por lei pode intentar contra aquele que efetivamente deva suportar o ônus de ser réu em um processo, portanto, é ilógico supor a proteção de uma outra demanda

diante da ilegitimidade da primeira, sendo que não há identidade de autores, de pedido ou de causa de pedir.

Alvura supor que o artigo 268 do CPC de 1973, quando se refere ao termo que apregoa que a “extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação” se refira a um autor que teve sua demanda sentenciada como carente de ação.

A teoria eclética também se demonstrou inaplicável mesmo conforme delineado por seu idealizador, tendo em vista que diante da experiência de quarenta e dois anos tivemos que enfrentar verdadeiras gambiarras para se tornar viável ou simplesmente sendo deposta da jurisprudência. Para comprovação do que se afirma, basta citar a inaplicação aos casos concretos de acordo com a teoria eclética e assertiva diante dos incontáveis processos em que se abandonaram os juízes a forma como apregoava ambas teorias, pois caso a seguissem nada mais se verificaria que insegurança jurídica diante da possibilidade real de um demandante poder ingressar com seu pedido infinitas vezes até que porventura sua demanda caísse nas mãos de um juiz que entendesse ser o caso em tela merecedor de uma sentença de mérito. Ou ainda nos casos onde os juízes excluam os processos por carência de ação mesmo tendo analisando o mérito, isto por não obedecer ao apregoador por essa doutrina e analisar as condições da ação de forma hipotética.

As críticas referentes aos institutos se consubstanciaram em verdadeiros presságios, pois hoje se verifica que em raros casos se pode retirar da análise de mérito das famigeradas condições da ação, e ainda em maior raridade se pode dar vazão para o não menos exânime instituto da carência de ação nos casos em que uma sentença de mérito poderia ocasionar prejuízo para o autor. Inclusive, parece-nos resolvido o caso desde a adoção do Código pela teoria da substanciação, e não da individualização, conforme delineamos há pouco como sobre como se gera duas demandas distintas caso se comparem os seus elementos, qual sejam fatos ou fundamentos jurídicos.

A verificação deverá ser feita através da análise do mérito da demanda e isto implicará, obviamente, em uma sentença de mérito.

No caso específico da legitimidade extraordinária, existe a peculiaridade da análise do interesse público sem uma análise de mérito, contudo, aqui também não nos parece distinto a inclusão desse instituto no juízo de admissibilidade processual ao qual todo juiz submete os processos que estão investidos. Desnecessário, portanto, manter uma terceira análise pelo juiz quanto às demandas sendo que existem tão somente duas possibilidades para um processo: ou o juiz dá uma sentença sobre o mérito ou ele dá

uma sentença sobre os pressupostos desse mesmo processo.

A afirmação de que existe uma análise que nem é de mérito nem admissibilidade processual só pode fazer sentido, conforme defendem as teorias eclética e assertiva, *in status assertionis*. Em outras palavras, em um faz de conta que não se está verificando o mérito, bastando verificar o que o autor efetivamente dispõe na inicial para ultrapassar essa barreira. Isto apenas dá vazão para aqueles autores que mentem na inicial e gozam do direito a uma sentença de mérito em face de seu pedido.

Para demonstrar como também o interesse de agir se funda em uma análise de mérito, basta analisar o exemplo de Pontes de Miranda sobre dois sujeitos, credor e devedor, em uma demanda de compensação, onde o réu venha a alegar em contestação essa mesma compensação de crédito em relação ao autor. Inexistirá nesse caso, portanto, necessidade ou utilidade para que tal demanda seja efetivamente prolongada, bastando que o juiz declare a compensação. A suposta análise quanto ao procedimento correto também é facultada ao juiz, bastando que este venha a declarar a instrumentalidade do processo em uma ação que venha a ser inadequada.

Mesmo sobre a dimensão da adequação que parte da doutrina insere no interesse, só será possível conhecer analisando a relação material, a *res iudicium deducta*. Repetimos que caso se mantenha a teoria assertiva bastará ao autor mentir na inicial para que dos fatos narrados se obtenha a legitimidade e o interesse de agir, e consequentemente o direito a uma sentença de mérito, pois em suma é o que apregoa tal corrente doutrinária, já que a análise sempre se verificará hipoteticamente e/ou deduzindo o que se declarou nos fatos alegados contidos na petição inicial.

Obviamente, temos aqui a problemática do direito moderno, onde o direito de ação como meio, como instrumento para conceber a tutela jurisdicional tem gerado o contemporâneo problema do atolamento das vias judiciais, o que torna limítrofe os benefícios da generalização do direito de ação, visto que hoje cada vez mais as pessoas procuram resguardar os seus direitos pela via judicial. Inclui-se aqui mais um problema quanto ao tratamento dado segundo a teoria eclética para a coisa julgada, pois desencadeando uma menor aplicação para a jurisdição diminui desnecessariamente, conforme já se pretendeu demonstrar, os efeitos e limites referentes a essa mesma coisa julgada.

A utilização indistinta desse direito de acionar a jurisdição gera inconvenientes como, por exemplo, a impossibilidade da aplicação da celeridade processual ou mesmo a tentativa de utilização do Judiciário com má-fé pelos demandantes.

Entretanto, as conquistas paulatinas referentes aos elementos contidos na ação (subjetividade, publicização, autonomia, abstração e instrumentalidade) acabaram por criar o paradoxo de garantia indistinta do direito de acionar, ao mesmo tempo que a impossibilidade de estabelecer limites objetivos para mesmo as demandas evidentemente desarrazoadas ou ilógicas, sem que isto interfira no direito constitucional de ação inserido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

A teoria eclética e da asserção descumpriram esse propósito pelo que já foi demonstrado aqui, sendo apenas um catalisador daquelas demandas onde os indivíduos mentirão na petição inicial para aumentarem suas chances no processo. Esse fato nos remete ao positivismo consentido na ideia de que ao Estado cabe apenas intentar a vontade da lei, não cabendo aos juízes um papel criativo nas demandas por ele julgadas, se verificando sim uma redução desse papel exercido pelos magistrados, ao sustentar caber apenas uma análise “administrativa” quanto à legitimidade e ao interesse processual.

Parece-nos que a resolução para esse moderno tema terá que encontrar outra solução tendo em vista que hoje nos deparamos com a inócua viabilidade da teoria eclética ou assertiva de resolução do exercício do direito de ação indistintamente. Aliás, já vem sendo observadas alternativas no próprio Novo Código de Processo Civil, como o incentivo à arbitragem.

Ao trazer um capítulo inteiro sobre o instituto da arbitragem e ao induzir as partes a entrarem em acordo através de uma posição mais efetiva do juiz e procurarem meios alternativos para composição dos conflitos cotidianos, o NCPC é vanguardista no intento de resolução do moderno problema da eternização das demandas no Judiciário.

O que se verifica, portanto, é a retomada do caráter instrumental do processo, visto que hoje, mais do que nunca se tem a ideia dele jamais poder ser encerrado em um fim em si mesmo, sobretudo pelo perigo do estabelecimento de uma tecnocracia desnecessária e da institucionalização da burocracia como fim e não como um meio para alcançar o ideário a que se submete o Direito, onde ação, jurisdição e processo se consubstanciam na eterna tentativa de efetivamente realizarmos a paz social e justiça. Eventuais soluções para o problema depreendem, sobretudo, do que significa para o doutrinador, o instituto da tutela jurisdicional.

Atualmente entende-se como tutela jurisdicional o exercício do direito de ação efetivamente reconhecido pelo processo e a tutela jurisdicional material como sendo aquela onde o Estado concede a procedência do pedido constituído na lide.

Esse direito fundamental, denominado direito de ação, que pode ser limitado, mas jamais restringido, de acordo com o art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal (inafastabilidade de ofensa ou ameaça a direito) é algo relativamente novo, advindo de constantes debates teóricos acerca do tema.

Sua origem e dimensão são delineadas através de uma abordagem e teorização recentes. Os próprios conceitos modernos de autonomia da ação diante do direito material e do processo como ciência própria e distinta do Direito Civil são extremamente tenros. O marco do primeiro costuma ser verificado a partir da obra já citada de Adolf Wach (1885), ao analisar a ação declaratória negativa, ao passo que o do segundo advém da obra de Oskar Von Bulow (1868), ao definir o processo como uma relação processual, distinguindo-o assim da concepção privatista até então dominante e o concebendo em uma concepção publicista, de ação como direcionada ao Estado em uma relação entre sujeitos (autor e réu) e o próprio Estado.

Autores mais antigos entendiam essa pretensão à prestação jurisdicional ou a demanda como meio de garantia de um direito como sendo o próprio direito em movimento. A tutela jurídica, nessa forma de ver o fenômeno, seria a entrega pelo Estado de uma sentença favorável, pela qual o autor poderia satisfazer a demanda proposta e angariar o objeto da pretensão resistida.

Existe aqui uma diferença brutal em relação ao que se entende como tutela jurisdicional hodiernamente e o que entendiam os doutrinadores anteriormente. Essa corruptela origina-se, portanto, pelo fato de uns entenderem a tutela jurisdicional como o todo entre o momento que se lesiona o direito subjetivo e o que efetivamente se tem uma tutela jurisdicional, e outros a tutela jurisdicional como parte final inserindo também o processo como parte dessa mesma tutela jurídica.

Ocorreu aqui uma confusão através do tempo sobre a pretensão à tutela jurídica com a demanda como meio de fazê-la efetivar-se. Também há imprecisão na denominação da demanda como ato processual, ou seja, a ação, com o direito subjetivo material violado ou ameaçado de violação.

Consequentemente, através da especialização e distinção de alguns institutos que antes eram reunidos em unicidade temos que, por resultado óbvio, houve a conclusão de que os autores antigos não viam essa diferença, ou se percebiam simplesmente ignoravam, pois que encaixavam o direito material como sinônimo de prestação jurisdicional, logo, isto só poderia ocasionar o direito à tutela jurisdicional como aquele que efetivamente detinha o direito subjetivo que se supunha ter da ação. Assim, quem

pretendia um direito material só poderia propor ação caso tivesse o próprio direito.

Esse direito à tutela jurisdicional, como o entendemos modernamente, é fruto de uma artificialidade criada para dar sentido ao que ocorre antes do Estado propriamente alçar o arcabouço e aparato estatal e fazer-se valer o ordenamento jurídico que preconiza, através de um processo garantidor de princípios universais como a legalidade, o princípio lógico, o dialético e político, pois não há que se falar em processo antes do exercício do direito de ação e conseqüentemente da tutela jurisdicional.

A criação de direitos é livre, além de ser um processo inerente à própria atividade humana, contudo, conforme advenham novas formas de nos relacionarmos, o direito também se modifica em prol de novas formas de se estabelecer como fundamento para a paz social, em virtude de uma execução de um ordenamento jurídico que faça sentido de acordo com a realidade que pretende tutelar.

Afirmar, entretanto, que essa nova forma de visualizar um problema, ou ainda, que uma subdivisão atual de um problema antigo sempre existiu é cair em erro. Analisar a questão por esse ponto de partida é necessariamente iniciar um processo avaliativo dotado do pré-conceito de seu tempo, ou seja, é partir do resultado prático para analisar um fenômeno, o que não pode ocasionar outra coisa senão um distúrbio na própria análise fenomenológica.

Onde se tem um resultado para posteriormente procurar as causas que fizeram com que o desenrolar dos fatos tivessem o tal resultado, sem, no entanto, colocar esse vetor como constituinte determinante da própria análise, identifica-se um processo viciado.

As distinções doutrinárias destrinchadas em nosso trabalho foram inventadas, criadas, encontradas ou reformadas diante do fenômeno a que se propunham cientificar, conforme se queira denominar. Entretanto, desse panorama não se funda no ideário de que as premissas contemporâneas estão mais relacionadas com a realidade que as anteriores.

O que ocorreu no nosso ordenamento foi a consagração de um caso específico de uma forma de se ver o fenômeno, não a verificação de uma construção segundo a própria realidade que nos é apresentada. À realidade cabe mais de uma interpretação, até porque não conceber essa premissa é cair em um absolutismo doutrinário, na eternização de uma forma de conceber o direito, ou ainda na fantasia de aplicação às ciências humanas, conforme uma abordagem segundo as ciências naturais preconizam.

Data maxima venia quanto aos autores defensores do maniqueísmo discursivo para legitimar tal ou qual doutrina, jamais uma evolução em um sentido diferente da que por muitos foi concebida em um interesse específico significa que tal concepção está ou estava errada ou que a próxima concepção adotada será melhor ou pior. Significa apenas que dentro de uma realidade processual cognoscível uma determinada concepção sempre será mais adequada para explicar em linhas gerais fenômenos que se apresentem demasiados complexos, diante de fatores que excedem a própria doutrina escolhida.

11. CONCLUSÃO

Em suma, temos que hoje assim se define o quadro da ação, jurisdição e processo sob a luz do NCPC: uma coisa é o exercício de um direito, outra é a tutela jurisdicional, outra ainda é o exercício de um direito como fundamento para se consagrar a tutela jurisdicional, pois um exercício de um direito é ato discricionário do ordenamento jurídico, e aqui tem razão o que apregoa Calamandrei ao relacionar o sistema político como causa para a adoção de um determinado ordenamento jurídico. Contudo, a tutela jurisdicional deriva do imperativo da ordem normativa para alcançar a paz social, a paz social é corrida eterna, a ordem normativa são as regras do jogo.

As regras que se propõem a dirimir conflitos sociais, como é de se esperar, não podem ser maleáveis o suficiente no sentido de mudança constante, pois deve existir uma perenização suficiente para que se obtenha resultados previsíveis. Desse raciocínio, no entanto, não se infere a peremptoriedade das normas, devemos afastar a crença de que elas sempre ocuparão um lugar de destaque nos sistemas posteriores ao qual foram especificamente criadas, pois esse entendimento jamais consagrará justiça, tão somente a manutenção de prerrogativas.

As normas são, por excelência, instrumentais, onde acabamos por depar com o paradoxo formado por ser sua fraqueza, mas também sua força, permitindo que em sua destruição se construam novas formas de se tornar útil, ou seja, ao permitir a criação de mecanismos para que se rompa com um sistema processual já insuficiente, para abarcá-lo à uma realidade diferente a que foi primariamente criado, o que se propõe é evitar a autofagia desse mesmo sistema.

Nesse cenário, temos um sistema autocatalítico, na medida que abarca a destituição de normas desconexas com a própria realidade dentro do ordenamento jurídico vindouro.

Pelo exposto, não podem a legitimidade e o interesse processual continuarem inseridos no NCPC de acordo com os ditames a que estavam introduzidos quando da sua feitura.

Para demonstrarmos isso, basta pegarmos o exemplo de um trabalhador que propõe uma ação na Justiça do Trabalho, conforme a legitimidade edelineada pela teoria eclética. Imagine que, por ventura, esse demandante não fosse considerado trabalhador, o que acarretava necessariamente a exclusão do processo sem resolução de mérito por

carência de ação. Resta dizer que assim faziam os juízes, apesar de hoje já não mais incorrerem nesse equívoco.

Acontece que, como essa decisão no nosso exemplo não gerou coisa julgada, o sujeito poderia demandar novamente perante o Judiciário, até que, em um eventual momento, essa demanda poderia cair nas mãos de um juiz que recebesse a ação, reconhecendo o autor como trabalhador. Esse cenário acarretava insegurança jurídica.

Poderia se supor que aqui se tem um caso de equívoco do próprio Judiciário ao analisar o caso como por ora sendo o demandante um trabalhador e por ora não, mas o caso, em verdade, é de adoção de uma teoria controversa.

Trabalhador é uma função que recebe da lei uma ordem taxativa, com elementos próprios e suficientes para que se afirme o instituto como estando inserido e adaptado ao sistema casuístico, ou seja, existem elementos suficientes na lei para que haja segurança jurídica na definição de alguém como trabalhador ou não.

Poderíamos supor que o conceito estanque “trabalhador” poderia causar divergência. Contudo, na realidade tão somente se tem uma inobservância de determinados juízes perante a norma, ou seja, a inobservância de determinados requisitos jurisdicionais por parte dos magistrados diante de uma teoria adotada pelo ordenamento jurídico que causa contradições sistêmicas. Essa problemática só pode ser concebida como uma adoção inadequada pelo Código de Processo Civil, desconectando as sentenças dos juízes com um sistema coerente.

Ora, função precípua da Jurisdição é a de composição dos litígios, visando o imperativo da ordem pública e manutenção da paz social. A função criativa do juiz não se pode verificar no sentido de dar aos casos concretos decisões desconexas do que apregoa o ordenamento jurídico, tampouco se pode tirar dessa mesma função criativa a inerente característica de dar ao juiz um poder de verificar no caso concreto se os sujeitos e o interesse processual estão ausentes e, portanto, essa ação intenta com o propósito de tutelar os direitos subjetivos materiais.

Assim, o processo, como meio que se vale o direito material para garantir-se e aplicar-se tem que ser direcionado de tal forma que se tenha uma resposta legítima e eficaz pelo menos para a grande maioria dos casos, apesar das divergências serem sempre um elemento da própria jurisdição.

A resposta é regida pelo seu tempo, pois assim tal como os institutos jurídicos não podem dar-se como absolutos em decisões peremptórias. Nem de longe isso pode significar que por ora se posso incorrer no Judiciário como constituído de legitimidade,

e por outra não.

O direito de ação previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal como o legitimador do exercício da ação, e a ação como sempre afirmando um direito material, que se consubstanciará na análise pelo poder Judiciário através de um processo, e consequentemente o processo como conquista de todos os indivíduos, já que terão suas demandas analisadas segundo requisitos que visam sempre a verificação de direitos e garantias individuais que limitam e vinculam o poder do Estado, devem estar ligados de tal forma que o Direito seja ao máximo sinônimo de justiça, sempre prestando a jurisdição somente pelo direcionamento de uma demanda ao Judiciário, já que descabe o Estado o poder de fazer valer as *ações materiais*, salvo em raríssimos casos.

Ora, se tal elemento contido no processo vai em desencontro à essa conclusão encetada acima, para demonstrar que existe um fundamento primário para a existência do próprio direito, temos que uma teoria que cause deturpações no ordenamento deve ser revista para possibilitar a sobrevivência do sistema como um todo.

Se existem elementos suficientes na lei para definir se determinado autor se encaixa ou não como detentor de direitos, mas este pode se utilizar de meios para burlar tal procedimento, nada mais natural do que a eliminação dessa disfunção no sistema, no sentido de ocasionar o restabelecimento da ordem jurídica segundo seus propósitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 16ª Ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 3ª Ed. São Paulo: Max Limonad, Ano 1993, v. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 1.

ASSIS, Araken de. *Substituição processual*. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 09.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: RT. 2006, volume único.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*, 3ª Ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, volume único.

BERMUDES, Sergio. *Introdução ao Processo Civil*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, volume único.

BUZAID, Alfredo. *Agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1956, volume único.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, 9ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 1.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria do Processo*, 22ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001.

COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Manual Elementar de Direito Processual Civil*. Ed.. Rio de Janeiro: Forense. 1956, volume único.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, tradução Paolo Capitanio, , 1ª edição, Campinas: Bookseller, 1998, v. 1.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de segurança coletivo: legitimação ativa*. São Paulo: Saraiva, 2000, volume único.

DIDIER JR, Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*, Editora Saraiva, 2005, volume único.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Ed. 2001, v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*, 7ª Edição. São Paulo: Malheiros Ed., 2000, volume único.

HUMBERTO THEODORO, Júnior. *Curso de Direito Processual Civil*, 52ª edição. Editora Forense, 2011, v. 1.

LIEBMAN, Henrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, Ed. RT, 1996, v. 34.

LIEBMAN, Henrico Tullio. *Manual de Direito Processual*, 3ª edição. 2004, v. 1.

LOPES, João Batista; *Curso de Direito Processual Civil*, São Paulo: Atlas, 2005, volume único.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, 7ª Edição Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, volume único.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo. Curso de Processo Civil*, 7ª edição; Ed. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2009, v. 1.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998, t. 1.

MOACYR AMARAL, Santos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 16ª edição. 1993, v. 1.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*, Editora: Revista dos Tribunais, 2006, volume único.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido*. RePro. São Paulo: RT, 1987, n. 46.

OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. *Substituição processual*. São Paulo: RT, 1971, volume único.

OVÍDIO BAPTISTA, Da Silva. , GOMES, Fabio Luiz. *Teoria Geral do Processo*, 4ª edição. *Revista atualizada e com a recente reforma processual*. Editora: Revista dos Tribunais, 1999, volume único.

OVÍDIO BAPTISTA, Da Silva. *Jurisdição e execução, na tradição romano-canônica*, 2ª edição, 1997, volume único.

OVÍDIO BAPTISTA, Da Silva. *As condições da ação e o novo Código de Processo Civil*. Revista da consultoria Geral do Estado, Porto Alegre, 1974, n. 49, volume único.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, 4ª Ed. São Paulo: RT, 1998, volume único.

Código civil, 2002, 53. Edição. São Paulo: Saraiva; 2002, v 2.

Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: RT, 1975, v. 1.

Código comercial brasileiro 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1.

Artigo: “A Influência de Liebman no Direito Processual Civil Brasileiro”; Alfredo Buzaid. Texto encontrado no endereço digital

<file:///D:/USERS/victors/Downloads/66795-88187-1-PB.pdf>

BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm.

BRASIL, Lei 11.277, de 7 de fevereiro de 2006. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11277.htm